

9/2641



REAL ACADEMIA

DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



BIBLIOTECA

Núm.

Estante *RR*

Tabla *C*

OBSERVACIONES

.....
.....
.....

1894

PAP

~~35. D.~~

MANUAL HISTORICO

del

1 ~~LV~~
B-35

DERECHO ESPAÑOL,

por el

9/2641

DR. D. JUAN DOMINGO DE ARAMBURU Y ARREGUI,

Catedrático y Decano interino

de la

FACULTAD DE DERECHO,

EN LA

Universidad literaria de Oviedo.



OVIEDO:

Imp. y lit. de D. Benito Gonzalez,
calle del Rssal, 91.

1860.

MANUAL HISTÓRICO

del

DERECHO ESPAÑOL

de

DR. J. P. MONTEDEGANO DE ALBA

Profesor de Historia del Derecho

de la

FACULTAD DE DERECHO

de la

Universidad de Oviedo



OVIEDO

OVIEDO

Impreso en la Imprenta de Oviedo

Calle de San Juan, 11

1900

PROLOGO.

Este trabajo empleado en obsequio de mis discipulos por el curso de 1857 á 58, será igualmente útil á los que se hallen estudiando la asignatura de derecho español civil precedido de su historia, pudiendo recordar lo principal de ella con dedicar solo media hora á la lectura de este **Manual** curioso. A vosotros, jóvenes estudiosos, lo dedico con la firme esperanza de que apreciéis mi buen deseo en serviros, proporcionando un medio de evitar las fatigas de largos ratos, que he tenido que sufrir, estudiando difusos tratados para poder presentar un verdadero extracto de su esencia.

Van unidas por via de Apéndice á este **Manuel Histórico**, las reformas introducidas por la LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL en varios puntos del derecho positivo español, por no hallarse comprendidas en la quinta edicion del 55, de los Elementos de los Señores Laserra y Montalban, que son los que generalmente se estudian en el mismo año que su historia; y como nuestro trabajo va dirigido al alivio de los cursantes de aquella asignatura, hemos creído hacerles un beneficio con este suplemento, eximiéndoles de estudiar su doctrina esparcida en un Código para ellos desconocido.

Correcciones.

- Página 1.^a, línea 7. se lee «con Teodosio II el jóven,» léase «con parte del de Teodosio II.»
- Página 8, línea 5 del núm. 4.^o, «á ellas» «á su llamamiento.»
- Página 18, línea 5, del núm. 4.^o, «para ventilar» «en que debia ventilarse.»
- Página 24, línea 2, del núm. 3, «las Partidas» «las 7 Partidas.»
- Página 38, línea 14, del núm. 6.^o, «puede inferirse» «se infiere.»
- Página 41, línea 14, del núm. 6.^o, «valga» «suscriban.»

Erratas.

- Prólogo. línea 5, del segundo periodo, dice «Laserra,» léase «Laserna.»
- Página 7, línea 1.^a del núm. 3.^o, «esclesiástico» «eclesiástico.»
- Página 8, línea 7 del núm. 1.^o «mismo» «mismos.»
- Página 12, línea 11 del núm. 4.^o, «Otros» (aparte) «5. Otros.»
- Página 37, línea 3, «Leyes de Enjuiciamientos civiles,» «Ley de Enjuiciamiento civil.»

VENTA:

á DOS REALES en la librería de D. Rafael C. Fernandez,
calle del Sol, número 2.

MANUAL HISTÓRICO

DEL

DERECHO ESPAÑOL.

En seis Epocas puede dividirse la Historia del Derecho Español. — PRIMERA, la que comprende la dominacion romana, desde fines del Siglo IV, hasta principios del V ó sea el imperio de Arcadio y Honorio con Teodosio II el jóven, que reinaron desde el año de 395, hasta 450. — SEGUNDA, dominacion goda por los años de 411 al 416, hasta la promulgacion del Fuero juzgo. — TERCERA, desde el Fuero juzgo, hasta el establecimiento del sistema foral. — CUARTA, desde el nacimiento del sistema foral, hasta el reinado de D. Alonso el Sábio. — QUINTA, desde D. Alonso el Sábio, hasta los Reyes Católicos. — SESTA, desde los Reyes Católicos, hasta el presente.

EPOCA PRIMERA.

DOMINACION ROMANA.

1.º Dividido desde Constantino el imperio romano en Oriente y Occidente; el Occidente contenia dos Prefecturas, la de Italia y la de las Galias, y esta se dividia en tres Diócesis, á saber: Inglaterra, Fran-

cia y España. Al frente de cada Diócesis habia un Viceprefecto, y en cada provincia un Gobernador ó Consular. Estos ejercian el poder administrativo, civil y criminal, sin mas apelacion que al Emperador, menos en las provincias que gozaban el privilegio itálico, en las que estaba vigente el derecho de propiedad, el de comercio, la usucapion y algunos otros. Estaba á cargo de los Magistrados el gobierno de los Municipios, hoy Ayuntamientos, y eran mayores ó menores; estos conocian de las cuestiones de hecho confiadas por los mayores, juzgando y adjudicando *in subsellio*, simple asiento; y los mayores conocian del derecho, *dicebant jus, dabant actionem et iudices, addicebant*, y ejercian imperio *in tribunali*.

2.º De esta especie de Magistrados mayores eran los Duumviros, que presidian la curia ó senado provincial, y administraban justicia. Habia con ellos otros que llamaban Prefectos, haciendo veces de segundos Magistrados; en algunas provincias de primeros, y entonces eran enviados de Roma, no elegidos por las ciudades como los Duumviros. Tambien habia Censores, por otro nombre Quinquenales ó Curatores, que vigilaban las costumbres y administraban las contribuciones, haciendo á la vez oficio de Cuestores; y habia por último Defensores, especie de los que hoy conocemos con el nombre de Procuradores Síndicos, que defendian los intereses comunes de los pueblos, y tenian jurisdiccion civil hasta 300 sueldos (sobre 30,600 reales) y criminal

en causas leves, conocidas hoy con el nombre de faltas.

3.º Por este tiempo eran dos las clases de personas notables en las provincias, Senadores y Curiales. Llamábanse Senadores los que habian pertenecido al Senado de Roma, ó tenían éste título de honor por su influencia ó riqueza, los cuales estaban exentos de la tortura ó tormento, y cargas municipales. Los Curiales eran los que formaban el cuerpo municipal, cuyo cargo apreciado al principio por ser la puerta para otros públicos; fué luego vilipendiado por las muchas cargas y gabelas con que le hicieron odioso, obligando á ser curiales á todos los que poseyesen veinticinco yugadas de tierra, con la privacion de ejercer otro ningun cargo civil, militar ni esclesiástico, á no dejar sus bienes á la Curia; tenían que responder no solo de la buena recaudacion y administracion, sino tambien de la falta de pagos, y suplir el déficit con su patrimonio. Los que como las hijas, viudas ú otros herederos no sucedian en el cargo de la Curia, perdian á favor de ésta la cuarta parte de sus bienes; y los que no tenían herederos forzosos, solo podian disponer de una cuarta parte de sus bienes, siendo lo restante para la Curia; pagaban el *aurum coronarium*, que era una especie de impuesto en ciertas solemnidades; pero en cambio los Curiales estaban exentos de la tortura y penas aflictivas é infamantes, y podian aspirar al título de Condes, á

ser Magistrados, y tenían que ser alimentados caso de indigencia, de los fondos públicos.

4.º Solían celebrarse entonces dos clases de reuniones ó juntas: Concilios, que eran compuestos de diputados de las ciudades para deliberar sobre asuntos económicos y administrativos, pero sin poder fallar, sino recurrir á los Emperadores: y los Conventos jurídicos, que se componían de los Gobernadores de las provincias y de los jurisconsultos mas hábiles para la decision de litigios graves y de consideracion. A pesar de la invitacion de los Emperadores Honorio y Teodosio, para la celebracion de estas reuniones, las provincias no respondieron á ellas, dando lugar con su apatía al buen éxito de la irrupcion de los bárbaros.

EPOCA SEGUNDA.

DOMINACION GODA.

1.º Los Germanos invadieron la España en 409 con el nombre de Suebos, que ocuparon á Galicia, de Alanos que se estendieron por Portugal y Estremadura, y de Vandalos que se fijaron en Andalucía. Otros setentrionales con el nombre de Godos, auxiliares de los romanos en sus guerras civiles, fueron autorizados por los mismo para desalojar los anteriores en 414, y habiendo tratado de pasar los Alpes con su caudillo Alarico, fueron traidoramente detenidos por Estelicon, de origen tambien godo,

Ministro y General del Emperador Honorio; pero le arrollaron hasta Roma, donde pidiendo satisfacción de esta injuria, les fué dada, castigando con la muerte á Estelicon, y dando por esposa á Ataulfo, sucesor de Alarico, á su hermana Plácida el Emperador Honorio.

2.º En 416, realizaron los Godos su conquista en España, y con el tiempo hicieron desaparecer á los Alanos, Vándalos y Suevos. Llamábanse unos Viso-Godos por ser del Occidente de la Gotia, á diferencia de los Ostro-godos que eran del Oriente, los cuales quedaron en Italia. Unos y otros (el Sr. Pacheco sostiene eran Escitas) se reputan descendientes de los antiguos Germanos, cuya historia nos dejó Tácito con referencia á su existencia 150 años antes de Jesucristo. Estos con los 416 despues de su nacimiento componen 566, época larga para acomodarla á los Godos invasores de España. Muchos sin embargo de los hechos referidos por Tácito y costumbres de los antiguos Germanos, se reflejan en leyes publicadas en España por los Godos. Tales son, la sociedad de gananciales, tomada de la participación que los Germanos daban á sus mugeres en el botin de sus combates, á que les acompañaban y animaban; las dotes conferidas por los hombres á las mugeres, contra lo establecido despues en las leyes romanas; el castigo de las adúlteras; finalmente, la eleccion de Reyes observada entre los Godos, aunque con algunas interrupciones hasta el tiempo de D. Alonso el Sábio.

3.º Antes de Eurico, fueron regidos los Godos en España por tradiciones y costumbres de los pueblos, donde salieron, pero Eurico por los años 466 al 484, las redujo á leyes positivas, publicando un Código, llamado Euriciano de su nombre, ó Código de Tolosa, por haberse publicado en esta ciudad, que entonces era su Côte. Sus disposiciones sin embargo obligaban tan solo á los Godos, permitiéndose á los Españoles regirse por leyes romanas, á que por tanto tiempo habian vivido sujetos. Leovigildo entre los años 572 y 586, mejoró el Código de Eurico, quitándole lo superfluo y desusado, y aumentándole con nuevas leyes útiles.

4.º Alarico, sucesor de Eurico por los años 506, formó otro Código de leyes romanas para los Españoles conquistados, suscrito por el Canciller Aniano, y encomendada su ejecucion al Conde Palatino Govarico. Tuvo el nombre de Código romano, ó ley de Teodosio, por haberse formado de diez y seis libros del Código de Teodosio; de novelas de los Emperadores Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo; de las instituciones de Gayo: de cinco libros de las sentencias de Paulo y algunas respuestas de Papiniano; de trece libros del Código Gregoriano y dos títulos del Hermogeniano; pero en el Siglo XVI, recibió el nombre de Breviario de Aniano, con el que fué despues constantemente conocido. Las constituciones y novelas de los Emperadores, se denominaban en aquella coleccion *leges*, y el resto *jus*, comprendiendo en él los trabajos de Grego-

rio y Hermogenes, como jurisconsultos. Tenia el referido Código dos partes, una el testo romano esactamente copiado, y la otra la interpretacion, empleada en esplicar, modificar y aclarar el testo; y por lo mismo la mas importante, como que indicaba la direccion que se queria dar al derecho romano.

EPOCA TERCERA.

FUERO JUZGO HASTA EL SISTEMA FORAL.

1.º La observancia del Código de Eurico ó sea el de Tolosa, y el de Alarico ó sea ley romana, tuvo lugar hasta la publicacion del Fuero juzgo, que hizo desaparecer la legislacion personal por castas. Como el Fuero juzgo fué producto de disposiciones tomadas en los Concilios de Toledo, conviene dar alguna idea de lo que eran.

2.º En su origen los Concilios de Toledo, eran unas reuniones de Obispos, para tratar asuntos meramente eclesiásticos; pero despues se trató en ellos tambien de los civiles por delegacion de los Príncipes, vista la mayor ilustracion y virtudes del Clero de entonces.

3.º Los Concilios mas famosos son: el 3.º celebrado en tiempo de Recaredo, año de 589, notable por la abjuracion del arrianismo y solemne manifestacion de la fé católica: el 4.º en tiempo de Sisenando, año de 633, que trata del modo de celebrarse

estas reuniones, y contiene la excomunion de Suintilla y su hermano Geila: el 5.º en el reinado de Chintila, año de 636, en que se imponen penas á los atentadores contra el Rey, su corona y bienes, y trata de las mercedes reales y los indultos: el 6.º reinando el mismo Chintila, en 638, que señala penas á los desertores del servicio del Rey, y remuneraciones á los que le prestasen: 8.º en tiempo de Recesvindo 653, en que se ven firmas de magnates y se regulan los bienes que han de ser de los Reyes, y cuales del Estado: el 13 en tiempo de Ervigio, año 683, en que se indulta á algunos rebeldes, se perdonan algunos tributos y se excomulga á las reinas viudas que pasen á segundo matrimonio. Los Concilios Toledanos fueron diez y siete.

4.º El Fuero juzgo tomado en la mayor parte de sus acuerdos, fué principiado á formar segun algunos por Recaredo; pero á pesar del cambio que debió causar en la legislacion su abjuracion del arrianismo, no se halla mas fundamento para hacrle este honor, que encontrarse en dicho Código, algunas de sus disposiciones generales; lo que no es bastante para que pueda concedérsele, pues en todos los Códigos se comprenden, no solo leyes de quien los manda formar, sino tambien de sus antecesores. Otros juzgan fué autor del Fuero juzgo Sisenando, pero esto procede de un error, tomando las palabras de una de sus leyes, en concepto de haber sido formadas todas en el Concilio 4.º celebrado en su tiempo, cuando lo que realmente significa es,

que una ley fué tomada de aquel Concilio, y algunos copiantes en los Códigos romances pusieron *este libro en lugar de esta ley*. A quien pues se atribuye con mas fundamento la primera formacion del Fuero juzgo, es á Chindasvindo, como lo acredita la prohibicion de citar leyes romanas hasta entonces vigentes; la referencia que hace en una de sus leyes, tratando de reformar la pena del tormento, á una coleccion recientemente formada, y el mandato espreso de que los tribunales se rigiesen por leyes propias. *Concl. Toled. VII.*

6.º Su hijo Recesvindo, encargó en el Concilio 8.º de Toledo, la revision de leyes de aquel Código, y confirmó la prohibicion que su padre hiciera de usar leyes estrañas, bajo la pena de 30 libras de oro. Ervigio sucesor de Wamba, en su tomo régio (así se llamaba una especie de memoria sobre asuntos de importancia que los Reyes leian al abrir los Concilios Toledanos,) para la celebracion del duodécimo, encargó corregir y aumentar el Fuero juzgo, como lo manifiesta la ley 1.ª tit. 1.º lib. 2.º del mismo Código. Tambien Egica recomendó á los padres del Concilio 16 la revision del Fuero juzgo, siendo sin duda en su reinado con su hijo Witiza, cuando se publicó y completó, cual hoy se conoce, en el año de 687, si bien deben ser reconocidos por autores del Fuero juzgo los Reyes Chindasvindo, Recesvindo, Ervigio y Egica, que datan desde 642, y por lo mismo puede decirse fué creacion del Siglo VII.

7.º El Fuero juzgo no tuvo este nombre hasta D. Fernando III, que habiendo mandado traducirle por los años de 1217 al 1252, se le dieron en lugar del que tenia latino *Forum judicum*, llamándose tambien *liber judicum*, *Codex legum*, *Liber Gotto-*
rum. Debe creerse fué primitivamente escrito en latin, por ser idioma usado en los Concilios de Toledo, de donde fué tomado; y aunque opinan algunos habia de él una traduccion en language gótico castellano, fundados en la espresion *translatum* de una ley, esta no quiere decir traduccion, sino copia, que es su sentido natural. La version castellana discrepa bastante del testo latino, no solo en su colocacion, sino tambien en su contenido, si bien no se diferencian en lo sustancial.

8.º Por mas que hubiese habido autores de nombre que califiquen el Fuero juzgo de inhumano, y de pueriles muchas de sus disposiciones, como Montesquiu, otros de no menor reputacion y mas sano criterio, como Cujacio, Gibon, Guissot, D'Aguesau, ponderan tanto su filosofia como su estructura, superiores en mérito á cuantas colecciones se formaron en aquella época, siendo un Código universal, comprensivo de todo el derecho político, civil y criminal de aquellos tiempos.

9.º Consta el Fuero juzgo de doce libros precedidos de un Título, que no se halla en algunos Códices, y trata de las cualidades de los Príncipes y de su eleccion. En dichos doce libros se contienen disposiciones sobre la uniformidad de la legislacion;

se trata del consentimiento de los padres que necesitan los hijos para contraer matrimonio, y á falta de ellos de las madres, revistiendo á estas de potestad, contra lo establecido despues por las partidas; de penas fulminadas contra los adúlteros, tolerando los estupros como delito de cómplices; de la prohibicion de casarse las viudas hasta pasado un año; de la sociedad de gananciales, variada despues por el Fuero Real, en cuanto á la distribución igual de ganancias y pérdidas, que por el Fuero juzgo debia de ser proporcionada al caudal de cada cónyuge; de las mejoras de 3.º y 5.º; del tormento en forma mas discreta, que la usada despues en las Partidas; de la gracia inherente al Monarca de conceder indultos, con la limitacion de delitos de traicion, en que era necesario el consentimiento de los Obispos y magnates; de los asilos, mas limitados que por las Partidas; de la personalidad de las penas, trasmisibles despues por aquellas á los hijos y sus parientes; de la obligacion de saber las leyes, sin admitir escepcion de su ignorancia; de la prohibicion á los Jueces de ser interpretes latos de las leyes en casos no prescritos por ellas, debiendo consultar las dudas al Monarca, que era entonces verdadero legislador; de la autorizacion á los Obispos, como varones virtuosos é ilustrados para vigilar los Jueces y enmendar sus providencias, denunciándolos al Rey en caso de desobediencia.

10. El Fuero juzgo fué primeramente impreso por Pedro Piteo en Paris, año de 1579: despues

en castellano en Madrid, año de 1600 por Alfonso de Villadiego, y en el mismo Madrid en 1792 por D. Juan Antonio Llorente. La Academia le imprimió también en castellano en Madrid, año de 1815, precedido de un discurso de D. Manuel Lardizabal, y últimamente fué impreso juntamente con los demás Códigos en Madrid, por una Sociedad de Jurisconsultos, insertando al principio un discurso erudito del Sr. D. Joaquin Francisco Pacheco, concluido por D. F. Apecechea.

EPOCA CUARTA.

NACIMIENTO DEL SISTEMA FORAL HASTA DON ALONSO EL SABIO.

1.º Invadida la Península por los Arabes hácia los años 711, continuó observándose el Fuero juzgo como lo manifiestan varios datos de aquella época, hasta que introducidos los Fueros municipales, repartió con ellos su observancia, si bien como Código mas perfecto, sirvió aun despues de tal introduccion, para la decision de casos que se ocurrian y era preciso fallarlos legalmente.

2.º Desde entonces los mas de los autores consideran el Fuero juzgo, como uno de tantos municipales, cuyas disposiciones en tanto obligan, en cuanto se prueba la costumbre de su observancia, segun lo que prescribe la ley 1.ª, tit. 28 del ordenamiento de Alcalá, trasladada á la primera de Toro,

y redactada ésta en la Nueva y Novísima Recopilación. El silencio que guardan todas éstas leyes respecto al Fuero juzgo, al paso que hacen mérito del Fuero Real, confirma la opinion de estar comprendido aquel en la espresion genérica de Fueros municipales, que mencionan en seguida del Fuero Real.

3.º Vino á turbar esta opinion constante una decision del Consejo de Castilla en el reinado de Carlos III, comunicada por Real cédula de 13 de Julio de 1788 á la Chancillería de Granada, que le habia consultado sobre la sucesion de un Monge, mandando decidir el caso por lo prescrito en el Fuero juzgo con preferencia á lo determinado por el Código de las Partidas. Pero detenidamente examinada esta superior resolution, bien puede conciliarse con la opinion de tener el Fuero juzgo igual fuerza que los demas fueros municipales, esto es, en cuanto se acredite su uso y observancia; porque al parecer habia un ESTATUTO de los Padres Trinitarios calzados de Andalucia, arreglado y conforme á lo prevenido en la ley 12, tit. 2.º, lib. 4.º del Fuero juzgo; y tratándose de la sucesion de un Monge de aquella comunidad, nada mas lógico y legal, aun sosteniendo la referida opinion, que estar á lo que venia practicándose conforme à la ley del Fuero juzgo, prefiriendo los parientes de dicho Monge á su monasterio, que en otro caso seria el sucesor segun legislacion de las Partidas, corregidas en casos parecidos por lo prevenido en la ya mencionada ley del

Ordenamiento de Alcalá, primera de Toro, recopilada por D. Felipe II y D. Carlos IV.

4.º Hablemos ya de los fueros municipales; pero antes hay que advertir las diferentes aplicaciones que tenía la palabra *fuero*. Esta voz tomada de la latina *forum*, *i: plaza*, sirvió para señalar el lugar competente para ventilar un juicio, por acostumar los romanos hacerlo en las plazas públicas: pero en la historia del derecho español se suele aplicar á escrituras de privilegio, concedidas por los Conquistadores de la restauracion á los diferentes pobladores de algunas ciudades; á las cartas pueblas, especie de contratos celebrados entre el poblador y los nuevos colonos, cediendo aquel el territorio, y obligándose estos al pago de contribuciones y reconocimiento de vasallage; á las escrituras de donacion hechas por algun señor ó propietario á favor de particulares, Iglesias ó Monasterios. Aquí entendemos por Fueros municipales, ciertos cuaderos de leyes civiles, criminales, económicas y administrativas, espedidas por los Reyes ó señores, encaminadas á constituir un gobierno estable y firme.

5.º Los que en este sentido preceden á Don Alonso V son, fuera de alguno que otro, tan diminutos, incompletos y tan mal ordenados, que no merecen se haga mencion de ellos. Los mas notables son: 1.º el de Leon formado en 1020 por D. Alonso V; 2.º el dado á Nájera por D. Sancho el mayor en 1076; 3.º el de Sepúlveda primitivo, confirmado

por D. Alonso VI en dicha época, y aumentado según se cree por D. Fernando IV; y 4.º el de Cuenca dado por D. Alonso el VIII en 1190.

6.º Estos y otros infinitos fueros municipales alteraron la legislación en muchos puntos, y fueron convenientes en las circunstancias que se introdujeron; pero muy perniciosos luego que desaparecieron aquellas, sobre todo el derecho de asilo de delincuentes concedido á algunas poblaciones, y el modo de castigar los delitos de una manera desproporcionada, y á veces inhumana. Hasta el retracto de sangre y sistema de troncalidad tuvieron un fin político, que hoy no tiene lugar; y la amortización que en algunos fueros se previene, era distinta de la que hoy conocemos, porque provenia de la rivalidad de señoríos, que entonces habia establecidos con los nombres de Realengo, de Abadengo, de Solariego y de Behetria, prohibiéndose recíprocamente la enagenación de sus bienes y derechos á los de distinto señorío. Llamábase de Realengo el territorio, en que solo el Rey ejercia jurisdicción como Señor esclusivo; de Abadengo aquel en que un Monasterio, Prelado ó Iglesia ejercian jurisdicción; de Solariego, aquel en que se pagaban ciertos tributos, como el de *infurcion*, esto es, por fumo ó casa, al Señor del lugar llamado solariego; de Behetria, era el territorio, en que sus habitantes podian nombrar Señor al que querian, y se denominaba de mar á mar; ó con ciertas limitaciones, y entonces tomaba el nombre de Behetria de linage.

:

7.º Habia multitud de cargas ó derechos señoriales, siendo los principales, el *homicillo*: que era un tanto, que se pagaba en los pueblos que sucedia alguna muerte por autor no descubierto; *rauso*: la multa que se imponia primero por el rapto, y despues por razon de heridas; *fonsadera*: la contribucion impuesta á los que se escusaban de ir al fonsado, esto es, á campaña; *mañería*: la que se pagaba por los que querian testar, no teniendo sucesion legítima, y tan solo se solia imponer á las clases bajas; *luctuosa*: la paga que tenian que hacer los herederos de algun vasallo á su señor, y solia consistir en la mejor cabeza de sus ganados, siendo conocida tambien esta gabela con el nombre de *mincion*; *moneda forera*, contribucion que se pagaba al Señor, cada siete años; *conducho*, equivalente á paja y utensilios; *yantar*, obligacion de mantener á los Señores en sus expediciones.

8.º Por los fueros municipales lograban muchos pueblos la libertad de estas gabelas, pero esta misma desigualdad en derechos y castigos, reclamaba su desaparicion por medio de una legislacion general y uniforme. A este objeto parece se dirigió D. Alonso VIII, mandando en 1212 recoger lo mejor de los fueros y costumbres: y aunque así lo hicieron los Ricoshomes y Fijosdalgo, presentando al Rey para su confirmacion el *Fuero viejo de Casas*, no lo hizo, mas bien que por las muchas priesas, que dice el prólogo de D. Pedro, por las disposiciones anárquicas que contenia aquella compi-

lacion, tomadas del *Fuero de fazañas ó alvedríos*, ó sea de *Fijosdalgo*, promulgado anteriormente por D. Alonso VII en las Cortes de Nájera, celebradas en 1138, fuero no municipal, sino privativo de la clase alta, en el que se trataba de sus derechos y obligaciones entre sí, con el Rey y con sus súbditos.

9.º Este *Fuero viejo de Castilla*, dicese por algunos, fué confirmado por el Rey D. Pedro en 1356, poniéndole un prólogo que contiene la referida historia, dividiéndole en cinco libros y estos en títulos, y que observado en Castilla hasta la publicación del Fuero Real, dado por D. Alonso el Sábio en 1255, volvió á tenerla en 1272, en virtud de reclamaciones hechas por la nobleza en la villa de Lerma, si bien el Fuero Real siguió teniendo fuerza en la Corte y pueblos de Realengo. Otros atribuyen la formación del *Fuero viejo de Castilla* al Conde D. Sancho, fundados solo en el título de *Conde de los Buenos fueros*, cuando esto lo que quiere decir es: que fué acreedor á él por sus providencias equitativas, dando ensanche á los privilegios de los nobles, para interesarles mas y mas en la guerra, que le estaba confiada.

10. Sin embargo de todo lo dicho, hay motivos para creer que el Fuero viejo de Castilla fué obra de algunos Jurisconsultos particulares, como lo demuestra su contesto de carácter mas bien espositivo, que imperativo ó preceptivo. Además, ni los historiadores de D. Pedro hacen mérito de que fuese como

se dice, reformado, confirmado ni aumentado por él, añadiendo un prólogo de su historia: ni el tít. 28 del *Ordenamiento de Alcalá*, que fija el orden de prelación de los Códigos, hace mención alguna del *Fuero viejo*. Pero aun así, es interesante su estudio, por descubrirse en su contexto los fundamentos y origen de varias instituciones civiles, como son: la prohibición de enagenar los derechos pertenecientes al Rey, á saber: *justicia, moneda, fonsadera, é sos yantares*, entendiéndose por *justicia* el poder de administrarla, y la facultad de nombrar jueces; por *moneda*, el derecho de acuñarla, y por *fonsadera é sos yantares*, lo que ya queda manifestado.

11. Eran tambien notables en aquel Código las prerrogativas de que supone estaban revestidos los nobles, de poder revelarse contra su Rey, y los vasallos contra sus Señores, en medio de los derechos exorbitantes que estos ejercian sobre ellos, hasta dejarlos morir de hambre, sino pagaban sus deudas; el precepto de no permitir á los enfermos disponer mas que del quinto de sus bienes en favor de su alma, y la manera con que debian portarse las mugeres, que afirmaban haber sido forzadas, que era esclamar y dar voces desafortadas.

12. El Rey San Fernando, 3.º de éste nombre, trató de remediar los males que habia introducido tan anárquica legislacion; pero lo único que pudo hacer, fué: mejorar la condicion de los pueblos por medio de arbitrios y concesion de propios, mandando estender la observancia del *Fuero juzgo*,

despues de encargar su traduccion al castellano, y recomendar á su hijo D. Alonso el Sábio la formacion de un Código completo y general, que él no pudo mas que iniciar en su *Septenario*, de que solo conocemos muy escasos fragmentos.

EPOCA CUARTA.

DESDE DON ALONSO EL SABIO HASTA LOS REYES CATÓLICOS.

1.º Don Alonso el Sábio, siguiendo las huellas que le dejó trazadas su padre San Fernando, procuró con incansable celo reformar y mejorar la legislacion del reino. Concluyó el *Septenario* que comenzó su padre, y del que solo se conocen algunas disposiciones, en que se trata de doctrina cristiana y cosas del núm. 7, á que era muy afecto. Pareciendo á D. Alonso imperfecta la obra del *Septenario*, emprendió la formacion de otros Códigos mas bien concertados. Tales fueron el *Especulo*, ó espejo de todos los derechos, publicado segun la opinion mas comun en 1254, dividido en cinco libros, por la remision que á ellos se hace en algunas de sus leyes. Trátase en el primero de aquellos, (segun el estilo autorizado entonces, á causa de la guerra de religion con tanto empeño sostenida por los Españoles contra los Sarracenos,) de los misterios y disciplina de la Iglesia Católica; y en los otros cuatro libros se dan disposiciones sobre la conser-

vacion de las personas y bienes de la familia real; de la obligacion del servicio militar; de toda clase de procedimientos judiciales, y de las diferentes clases de jueces, conocidos con el nombre de Merinos, Adelantados y Alcaldes.

2.º Publicó en seguida D. Alonso el Sábio el *Fuero Real*, que segun queda dicho, se publicó en 1255, y estuvo en observancia hasta 1272 en toda Castilla, limitándose despues á la Córte y pueblos de Realengo, por el restablecimiento del *Fuero viejo*. Compónese el *Fuero Real* de cuatro libros divididos en títulos y estos en leyes, notándose en ellas el espíritu reformador sobre imposicion de penas capitales, y confiscacion á los que atentasen contra el Rey y sus derechos, en lugar del destierro antes prescrito, y facultad ó tolerancia en casos dados, de revelarse los señores y vasallos. Declara hereditaria la corona, introduce los Escribanos y Abogados con el nombre de *voceros*, que antes se aplicaba á los procuradores; fulmina la pena de ser quemados los hereges; la de cortar la mano derecha al Escribano falsario; la de marcar la frente al Clérigo, que falsificase el sello del Rey; y la de arrancar los dientes al testigo perjuro, introduciendo ademas los testamentos por Comisarios.

3.º Casi al mismo tiempo formaba D. Alonso el célebre Código de las Partidas, comenzado en 1256, y acabado en 1263 ó en 1265, segun la variedad de datos, que arguyen haber durado su formacion siete ó nueve años. Hay autores que pre-

tenden, haber sido el mismo D. Alonso el Sábio el compilador y redactor de las Partidas; pero es inverosímil á todas luces, ya se atienda á la multitud de materias que comprende, ya á las muchas ocupaciones y trastornos que distrajeron á aquel Rey, honrado justamente con el título de Sábio, sin necesidad para merecerle de estar impuesto en tantos y tan variados conocimientos, ni del trabajo material de compilarlos. Basta para su gloria, haber encomendado obra tan colosal á los mas acreditados Jurisconsultos de su época, tales como su ayo Jacobo ó Jacome Ruiz, llamado el de las leyes; el Maestro Fernando Martinez, Arcediano de Zamora y Obispo electo de Oviedo; y el Maestro Roldan señalado por sus trabajos en legislacion. Las Partidas parece fueron redactadas en Sevilla, segun los frecuentes ejemplos que hacen relacion á diferentes objetos de aquella Ciudad. El nombre de Partidas fué puesto al Código en el reinado de D. Fernando IV; antes tenia el de *Libro de las Leyes, Fuero de las leyes*, y algunos quisieron darle el de *Septenario*, que se deja dicho fué propio de otro Código anterior, y el de las *Posturas*, que no hay razon ninguna para dárselo.

4.º Como poco antes de las Partidas se habia publicado el *Fuero Real*, Samper sostiene la opinion, de ser aquellas solo un libro de consulta é instruccion, lo que no es compatible con el contesto del Código, que dá el nombre y carácter de leyes

á sus disposiciones, mandando sean obligatorias á todos los súbditos.

5.º El *Fuero Real*, por mas que sea de índole distinta de las Partidas, puede creerse con fundamento, fué á prevencion y como precursor de ellas. Es verdad que contiene una legislacion mas española, conforme á las costumbre y tradiciones patrias; pero si aun así costó trabajo hacerle observar como general, yendo introduciéndole paulatinamente como municipal, en varios pueblos, ¿qué hubiera sucedido, si tuviera el espíritu de las Partidas? A fin pues de hacer desaparecer la anarquía legislativa, producida por tantos y tan variados fueros, tuvo D. Alonso el Sábio la conveniente prevision de dar primero un Código basado en sus doctrinas, aunque diferente en mucho y de carácter general, para despues, conseguida que fuese su observancia, dar otro paso mas en la reforma que la época reclamaba, como en efecto lo verificó, publicando las Partidas, que abrazaron nuevos principios, ideas diversas, de las que por tanto tiempo habian estado en boga.

6.º A pesar del ánimo decidido del Rey Sábio de establecer por leyes positivas las Partidas, como lo demuestran algunas de ellas, y cláusulas terminantes de su prólogo, generalmente opinan los autores, que si bien fueron miradas con respeto y manejadas por los Jurisconsultos, no tuvieron fuerza de obligar hasta el reinado de D. Alonso XI, por las palabras de éste en su Ordenamiento de Alcalá:

como quier que fasta aquí, non se falla que sean publicadas por mandado del Rey, nin fueron habidas por leis.

7.º Sin embargo el Sr. Jovellanos sostiene lo contrario en una carta escrita desde Gijon el 19 de Junio de 1797 al Dr. D. Juan Fernandez San Miguel, con motivo de haberle consultado éste sobre unas tesis que se habia propuesto defender en la Universidad de Oviedo. En ella advierte, que las precedentes palabras del Ordenamiento de Alca!á son algun tanto sospechosas, por el modo con que son enunciadas, dudoso y poco afirmativo; no siendo lo mismo decir, que nunca hubieran sido publicadas, que el que no se hallase documento de su publicacion, que es lo único que afirman. Habia en ocultarlo un interés tal vez directo de parte de Don Alonso XI como sucesor de D. Sancho, excluido del Reino por el llamamiento que las Partidas hacian del hijo de D. Fernando de la Cerda en representacion de su padre, de quien aquel era hermano segundo. Por lo demas el cronista de D. Alonso el Sábio, Fernan Sanchez de Tobar, asegura: que las Partidas fueron mandadas observar por él, como leyes á los Alcaldes y demas del Reino; y así establecido, no hay motivo para creer, que siendo publicadas en 1263 á 65, dejasen de tener fuerza, al menos hasta que acaecieron los sucesos, que presentan como obstáculo los que sostienen la opinion contraria, por los años de 1269 á 1272, á saber: los disturbios promovidos por la casa de

Laras, á pretesto de haber abdicado el Rey D. Alonso el Sábio la soberanía de Portugal, lo cual dió lugar á reemplazar el Fuero viejo de Castilla por el Fuero Real.

8.º Este continuó aun observándose en lo que no era incompatible con aquel, y lo mismo debió haber sucedido con las Partidas, que contenian una legislacion mas sistemática, justa y sábia; y con descartar las dos Partidas primeras, en nada contradecian las restantes las antiguas tradiciones y costumbres. De todos modos lo cierto es, que D. Alonso XI, mandó concertar y enmendar las leyes de Partidas; pero cabe la duda de si lo fué su contenido, ó solo trató de restablecer la fidelidad al testo.

9.º Parece mas probable esto último, por las muchas leyes de Partida que, despues de dicha enmienda y concierto, se hallan en contradiccion con las del Ordenamiento, como las que tratan de testamentos y estipulaciones; pero Samper es de contrario sentir, porque las Partidas reformadas por D. Alonso XI, hablan en uua de sus leyes de la Rosa náutica, de que no se tenia conocimiento en tiempo de D. Alonso el Sábio.

10. Divídense las Partidas en títulos y leyes: por ellas se varió el derecho público español civil y eclesiástico, introduciendo el romano, estendiendo los diezmos y privilegios del clero; y se estableció el derecho de sucesion en el Reino por representacion. Se mejoraron los procedimientos y

formas judiciales con toda clase de pruebas; se cambió el sistema dotal; se aumentaron los derechos de los padres sobre sus hijos, y se disminuyeron los de las madres: se omitió la sociedad de gananciales, las mejoras y los testamentos por comisarios; se hizo mas riguroso el tormento y mas gravosas las penas, haciéndolas trasmisibles á hijos y parientes é infamándoles, lo que era desconocido por los fueros.

11. Tambien se publicaron en tiempo de Don Alonso el Sábio, el libro de las *Tafurerías*, y el de *Adelantados*, arreglando aquel los juegos, y este la práctica de los Jueces conocidos con aquel nombre.

12. En tiempo de D. Fernando IV se formaron las 252 leyes llamadas del Estilo, y su contesto declarativo, mas bien que preceptivo, demuestra fueron trabajo de algun Jurisconsulto particular, y no de ningun legislador, declarando la jurisprudencia práctica de los Tribunales para la aplicacion de las leyes del Fuero Real. Muchas de ellas tomaron fuerza de verdaderas leyes, por haber sido insertadas en la Nueva y Novísima Recopilacion.

13. En 1348 se promulgó el *Ordenamiento de Alcalá* por D. Alonso XI, que consta de diez y seis leyes hechas en Ciudad Real, otras tantas en Segovia y algunas otras nuevas. Fué confirmado por los Reyes D. Pedro, D. Enrique II, D. Juan I, D. Enrique IV y por los Reyes Católicos. Está dividido en treinta y dos títulos, y estos en leyes. Muchas

de ellas fueron provechosas, como la supresion de las estipulaciones; la forma dada á los testamentos, declarando innecesaria la institucion de heredero para su validacion; la mejora en los procedimientos, señalando tiempo para proponer las excepciones, contestacion á las demandas y otros términos; la accion de lesion enorme ect. pero algunas fueron perniciosas, como la de permitir las donaciones Reales, y la prescripcion de la jurisdiccion civil por cuarenta años, y la criminal por ciento.

18. El título 28 fija el orden de prelacion de Códigos, mandando observar primeramente las leyes de aquel *Ordenamiento*, despues las del *Fuero Real* y *fueros municipales*, en lo que fuesen usadas; y últimamente las Partidas concertadas y enmendadas por D. Alonso XI, por cuya razon se dijo: que estas tenian fuerza de Código supletorio, aunque realmente venia á ser el principal. El título 32 del *Ordenamiento* contiene el Código de *Fijosdalgo* con algunas reformas.

EPOCA SESTA.

DESDE LOS REYES CATOLICOS HASTA EL REINADO ACTUAL.

1.º Alonso Diaz de Montalvo, jurisconsulto distinguido, que floreció en los reinados de D. Juan II, D. Enrique IV y Doña Isabel, fué el autor del *Ordenamiento* de su nombre, primera Compilacion

formada en tiempo de los Reyes Católicos. En ella reunió multitud de disposiciones dadas despues de D. Alonso el Sábio, juntamente con varias leyes del *Fuero Real Castellano*.

2.º Algunos niegan la autoridad legal de éste Código, y aun el que fuese hecho por comision de los Reyes Católicos, pero las espresiones colocadas al frente de la obra, asegurando haber sido compuesta por su mandato, y el título de *Ordenanzas Reales, porque deben librarse los pleitos*, imprimiéndose con todas éstas cláusulas en tiempo de los Reyes Católicos, que eran en extremo celosos de su autoridad, conducen á creer lo contrario; y las mismas súplicas de las Córtes de 1523, pidiendo su reforma, arguyen ser tenido como obra legal el *Ordenamiento de Montalvo*; agregándose á las razones dichas uno ó dos acuerdos del Ayuntamiento de Vitoria, en que se hace mérito del cumplimiento de unas Reales disposiciones, mandando atenerse á lo prescrito en el *Ordenamiento de Montalvo*, y las varias impresiones que circularon de semejante obra como verdaderamente legal.

3.º Otro de los trabajos legislativos hechos en tiempo de los Reyes Católicos fueron las ochenta y tres leyes de Toro, suplicadas en las Córtes de Toledo en 1502, y publicadas el 1505 en las de Toro, de donde les quedó el nombre, á fin de dirimir disputas suscitadas sobre la inteligencia de diferentes disposiciones de las Partidas, Fuero Real

y Ordenamientos y suplir su vacío por medio de algunas de dichas ochenta y tres leyes.

4.º Ellas dieron incremento á los mayorazgos, y no siempre lograron el objeto que en las demas se propusieron los Reyes Católicos; tratan de testamentos, de las mejoras, de retractos, de la pena de los adulterios y testimonios falsos.

5.º La primera de dichas leyes trascribe la del Ordenamiento de Alcalá sobre orden de prelación de Códigos, y manda su observancia, con solo la diferencia de ser en lugar del Ordenamiento de Alcalá, los Ordenamientos y pragmáticas de los Reyes Católicos los que ocupan el primer lugar, advirtiendo que esta ley de Toro trasladada á la Nueva Recopilacion y á la Novísima añade, *contenidas en este libro*.

6.º Varias Córtes pidieron la reforma del Ordenamiento de Montalvo y coleccion de pragmáticas, que se supone mandaron recoger los Reyes Católicos, como se desprende del testo de la referida ley de Toro, y la de todos los Fueros vigentes, haciendo ver la falta de una completa y general recopilacion. Verificose por fin en el reinado de Felipe II, año de 1567 la formacion de la Nueva Recopilacion, encomendada á los Drs. D. Pedro Lopez de Alcocer, Guevara y Escudero, continuada y concluida por el Licenciado Arrieta, y revisada al fin por el Licenciado Atienza.

7.º No fueron remediados por la Nueva Recopilacion los males de que los Procuradores á Córtes

se quejaban, pues quedaron aun vigentes Códigos anteriores, en lugar de haber sido refundidos con las alteraciones necesarias en el moderno, único que de una manera metódica y sencilla debia comprender todas las leyes dignas de observarse. Hállanse en tal Recopilacion truncadas muchas disposiciones y corrompidas otras; mas al fin se vieron reunidas en un volúmen con mas ó menos orden, las que andaban sueltas y esparcidas.

8.º En tiempo de D. Fernando VI, el Marqués de la Ensenada trató de formar una Recopilacion mas perfecta con el nombre de Código Fernandino; pero no llegó á realizarse, sin que se hubiese hecho mas que aumentar leyes en las repetidas ediciones de dicha Nueva Recopilacion, especialmente en la de 1745, en la que se agregó un tomo de quinientas pragmáticas, órdenes y decretos, con el nombre de Autos acordados del Consejo, nombre que se dió á las diferentes resoluciones de justicia y administracion tomadas por este Cuerpo, que vino á revistirse de las facultades legislativas de las antiguas Cortes, siendo la última edicion en 1777, con un pequeño aumento.

9.º Por este tiempo se comisionó á D. Manuel de Lardizabal para hacer una coleccion, que en efecto se formó, pero que no tuvo resultado.

10.º Luego en 1796 reinando D. Carlos IV, se nombró á D. Juan Reguera Valdelomar, Relator á la sazón de la Chancillería de Granada, quien asimismo formó una coleccion aumentada con nuevas

leyes, pero que teniendo un plan de Novísima Recopilacion, se le mandó continuar, y concluido, fué visto y aprobado por el Consejo, y se sancionó y publicado con dicho nombre en 1805, omitiendo el tratado de Cortes.

11. El Sr. D. Francisco Martinez Marina la censuró someramente en un principio, y despues con motivo de queja elevada al Consejo por Regueira, lo hizo con mas intension en un tratado titulado: *Juicio crítico sobre la Novísima Recopilacion*, en donde hace ver las muchas faltas de orden y méplagada aquella obra.

12. Esto hace ver la necesidad de un Código civil á la altura del siglo y acomodado á las circunstancias. Se trató de eso, publicando un proyecto en 1851, confeccionado por la comision de Códigos, pero yace en olvido, sin duda por no haberlo creido el gobierno enteramente acertado, importando mucha doctrina estraña al pais, cuyas costumbres y tradiciones hay siempre que respetar.

13. En tiempo de D. Fernando VII se publicó año de 1829 el Código de comercio, y la ley de enjuiciamientos mercantiles en 1830. En 1848 reinando su hija Doña Isabel II, (Q. D. G.) se publicó el Código penal, reformado varias veces y últimamente en 1850; tambien fué publicado el Código de procedimientos civiles en 1855. Vamos ya á ver el orden con que deben ser observados los diferentes Códigos civiles.

14. Generalmente sirve de pauta la ley de que queda hecho mérito, del Ordenamiento de Alcalá, mandada observar por los Reyes Católicos en la primera de Toro, la cual se halla trasladada á la Nueva y Novísima Recopilacion. Segun ella deben observarse las pragmáticas y Ordenamientos contenidas en cada uno de aquellos libros, y despues las leyes del Fuero Real y los fueros municipales, en lo que fueren usadas, y por último las Partidas.

15. Algunos interponen el Fuero juzgo, apoyados en la superior resolucion de que dejamos hecho mérito, dada por el Consejo de Castilla en 1788, á la Chancillería de Granada; pero la duda que ofrece esta disposicion, y otras que se originan sobre la observancia del Fuero Real en concepto de Código general, sin sujetarle á la prueba de su uso, y el respeto á las leyes de la Nueva Recopilacion, aun despues de publicada la Novísima, debieran desaparecer, atendiendo antes que todo á la pragmática de D. Felipe II en la Nueva Recopilacion, y á la de D. Carlos IV en la Novísima, que sirven de introduccion á dichos Códigos, como decretos de su sancion.

16. Dice así la primera: «que no se juzgue sino por las leyes de aquel libro, guardando en cuanto á lo que toca á las Partidas y Fuero Real lo que por ley de Toro estaba ordenado» y la segunda, contiene las palabras siguientes: «por este nuevo cuerpo de leyes y el de las Partidas, se hará y se for-

«malizará en todas las Universidades de estos reinos el estudio del derecho.»

17. Si de las Universidades han de salir los Jueces y Magistrados que han de aplicar las leyes, claro es, que sus decisiones debieran tan solo fundarse en las leyes de la Novísima Recopilación y las Partidas, no derogadas por disposiciones modernas, desentendiéndose de los Fueros juzgo, viejo, real, municipales y de la Nueva Recopilación, desde pues de la Novísima, en donde se fundieron todas las que se creyeron justas y oportunas, nacidas de los Ordenamientos y antiguas colecciones.

18. A pesar de lo terminante de las referidas pragmáticas; la torpeza de haber incluido tanto en la Nueva como en la Novísima Recopilación la ley primera de Toro, y alguna otra contraria al contenido de documentos tan autorizados y decisivos, dió lugar, dice oportunamente el Sr. Jovellanos en su carta antes insinuada, á este baturrillo de disputas y opiniones tan encontradas.

APENDICE que contiene las reformas introducidas en varios puntos de derecho civil, por las leyes de Enjuiciamientos civiles de 5 de Octubre de 1855.

TUTORES Y CURADORES.

1.º Tres clases hay de tutores: testamentarios, legítimos y dativos. Son testamentarios los nombrados en testamento ó última voluntad, por padre ó madre á sus hijos menores de catorce años, siendo varones, ó de doce siendo mujeres; ó por personas distintas del padre ó madre, que les dejen herencia ó legado de importancia. Legítimos tutores son, los que á falta de testamentarios llama la ley, razon por la que reciben el nombre especial de legítimos, cuales son los parientes mas próximos, que tengan derecho de suceder á los menores, imponiéndoles la ley aquella carga por esta esperanza. Es sin embargo preciso, que el Juez designe el pariente mas

próximo, á quien corresponde ser tutor con arreglo á la ley. Sino [hubiere pariente que designar, ó aunque le haya, no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, puede el Juez conferirla á otra persona, que merezca su confianza, y los así nombrados reciben el nombre de tutores dativos; artículos 1219 hasta el 1230 inclusive.

2.º Los Curadores pueden ser: para bienes, ejemplares ó para pleitos. Los que se designan para el cuidado de bienes pueden ser solo testamentarios y dativos, pero no legítimos. Son testamentarios los que como los tutores y en iguales términos, nombran en testamento ó última voluntad los padres, madres ú otras personas; y dativos los que á falta de tal nombramiento confirma el Juez, después de nombrados por los mismos menores; pero si el primer nombrado por estos creyese el Juez que no reúne las condiciones legales, puede, no confirmarle, exigiendo del menor que designe otro: artículos 1231 hasta el 1239 inclusive. Del contenido de estos artículos, puede inferirse, que no hay, como queda insinuado, curadores legítimos, pues que no circunscriben el nombramiento de los menores á sus parientes: lo cual procede sin duda de que, como los que han de estar en curadoría, tienen edad suficiente para hacer testamento, pueden privar á sus parientes de la esperanza de sucederles, que es en lo que se funda la tutela legítima. El artículo 1239 nada dice de lo que ha de hacer el

Juez, caso de no querer nombrar el menor segundo curador, por haber sido desechado el primero, ó haberlo sido tambien el segundo. En ambos casos parece conforme al silencio de la ley, que el Juez está autozizado para designar al que tenga por conveniente bajo de su responsabilidad, toda vez que el menor no quiso usar de su derecho de nombrar segundo curador, desechado por el Juez el primero; ó usando de él, nombró otro que tambien mereció serlo; sin permitir al menor mas nombramientos des-
acertados.

3.º Los curadores nombrados por el padre en testamento ó última voluntad, tienen que ser recibidos por los menores, de la misma manera que los tutores; pero los curadores testamentarios nombrados por las madres ó estraños, pueden ser desechados por los menores con justo fundamento, aprobado por el Juez: artículos 1231 hasta el 1236 inclusive. Tanto en el caso anterior, como en el de no haberseles nombrado curador testamentario por nadie, ó en forma no debida, corresponde á los menores su nombramiento: artículo 1237. Lo que expresa éste y siguientes artículos dá á entender, que los curadores son necesarios á los menores, si bien concediéndoles designarlos en varios casos, y con ciertas limitaciones ya manifestadas, quedando así decidida la cuestion de si era necesaria ó voluntaria la curadoría. Lo que la ley permite es, que una vez los mayores de doce ó catorce años, pueden discernir lo que les conviene, designen personas, que

contemplan ser las mas interesadas en su bienestar y provecho.

4.º Habiendo hablado de los curados de bienes, pasemos á hacerlo de los ejemplares. Llámansen así porque á ejemplo de los testamentarios, se dán en vez de darse en testamento, por la ley auxiliada del Juez del domicilio, á los declarados judicialmente incapacitados, para cuidar de sus personas y de sus bienes. Debe de recaer su nombramiento en el padre, hijos, muger, madre, abuelos y hermanos, por su órden, siempre que tengan la aptitud suficiente. Concurriendo varones y hembras, son preferidos los varones, y entre estos el mayor de edad, y el abuelo paterno al materno. No habiendo ninguna de dichas personas, ó si no son aptas, puede el Juez nombrar á otra, que considere mas á propósito para el desempeño de la curadoría ejemplar, prefiriendo, si tienen la capacidad necesaria, á los parientes, ó amigos intimos del incapacitado, ó de sus padres: artículos 1253 y siguientes. Igual preferencia parece debia tener lugar en la curadoría para bienes, pero ningun artículo de la ley lo prescribe, segun queda explicado.

5.º Las fianzas de los curadores ejemplares, habrán de regirse por lo prevenido acerca de la curadoría de bienes, como se deduce de los artículos 1248 y siguientes. Dadas y aprobadas las fianzas, discernira el Juez la curadoría ejemplar, entregando al curador por inventario el caudal del incapacitado. Este inventario se unirá al expediente,

protocolizándole en la escribanía pública del domicilio del incapacitado; y habiendo mas de una, en la que designe el Juez; y sino hubiese ninguna, en la escribania de la cabeza de partido, que el mismo determine. Segun las circunstancias del caudal, deberá ser dado á reconocer el curador nombrado á las personas que corresponda, esto es, las que de algun modo intervengan en la administracion de aquel: artículo 1249 y siguientes.

6.º Los curadores para pleitos deben nombrarse solo, cuando los tutores ó curadores no puedan representar á sus menores por algun motivo legal; y siendo estos mayores de doce si son hembras, ó de catorce si varones, podrán hacerlo por sí, pero no teniendo esta edad, el Juez es el que debe nombrar el curador para pleitos, haciendo que recaiga en el pariente mas inmediato, si lo hubiere, y en defecto en persona de intimidad con el menor ó sus padres. Si no la hubiese, ó no fuese apta, nombrará el Juez á un vecino del domicilio del menor, que merezca su confianza. El nombramiento que hagan los mayores de doce y de catorce, deberá ser por comparecencia que valga ante el Juez, que le discernirá, si creyese no ofrecer inconveniente. Haciendo cuestion sobre el discernimiento, se ventilará en juicio ordinario, representando al menor el Promotor Fiscal del Juzgado: arts. 1253 y siguientes.

7.º Todos los tutores y curadores deberán dar fianzas hipotecarias, aun los que sean testamentarios, fuera de los relevados de esta obligacion por

el padre; pero los relevados por la madre, ó estráños que hubieren dejado su herencia ó legado de importancia á los menores, pueden ejercer su cargo con fianzas ó sin ellas, á juicio de los Jueces, que examinarán la garantía que ofrecen los nombrados con el fin de asegurar el caudal de los menores: artículo 1265 y 1219 y siguientes. Se desprende de su contesto, que otros que no sean el padre ó madre, para nombrar tutores ó curadores testamentarios, necesitan dejar á los menores herencia ó legado de importancia, la cual no se determina, y por lo mismo parece queda á la discrecion del Juez calificarla. Respecto de las madres el art. 1221, que habla de tutores y el 1233 de curadores, nada previenen sobre obligacion de dejar á sus hijos la herencia ó legado de importancia; y como los artículos inmediatos, hablando de personas estrañas, agregan esta circunstancia, parece se limita á estas, sin deber estenderse á las madres aquella obligacion, bastando como en los padres, su autoridad independiente del derecho á la herencia de los hijos.

8.º El importe, apreciacion y aprobacion de las fianzas, se determinará por los Jueces con audiencia de los Promotores Fiscales, ó curadore-para pleitos, si de antemano los tuvieren los menores: artículos 1224 y 1240. Para dichos actos deberán tenerse presentes el caudal y rentas de los menores, y los productos de aquel y estas, con exclusion de los bienes inmuebles, y rebajando los alimentos y el tanto por ciento de administracion:

artículos 1266 y 1267. Este tanto por ciento y porción de alimentos deben ser señalados por el Juez, á menos que considere mas útil y oportuno, atendidas las circunstancias de los menores y condiciones de su caudal, declarar compensados frutos por alimentos y pension, en cuyo caso los tutores ó curadores tendrán que cubrir las necesidades personales del menor, y las atenciones reales de su caudal y rentas, en cambio de sus productos y percepción de frutos: artículos 1261 y 1262.

9.º Estando terminado el punto de fianzas y arreglo de administracion, corresponde á los Jueces discernir los cargos de tutores ó curadores, otorgando estos antes en el expediente de su respectivo nombramiento, obligacion de desempeñar bien y fielmente sus deberes, bajo la responsabilidad legal: artículos 1264 y 1269.

10. En todos los Juzgados de primera instancia deberá haber un registro de todos los discernimientos de tutores y curadores. En el último dia del año se averiguará, si ha fallecido alguno para proveer su reemplazo, haciendo se depositen en un establecimiento público los fondos que tuvieren los menores, y exigiendo cuentas á los tutores ó curadores, que estén en caso de rendirlas: art. 1272. Sin embargo, segun el siguiente 1273 no comprende lo dispuesto en el anterior á los tutores y curadores nombrados por los padres, y relevados de fianzas. Sobre las cuentas, que durante la menor edad rindiesen los tutores ó curadores, se oirá al

curador para pleitos, teniéndole nombrado los menores, y cuando no, al Promotor Fiscal: art. 1274. No ofreciendo reparo las cuentas se aprobarán con la calidad, de sin perjuicio: art. 1275. Los tutores y curadores de bienes y para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria, siendo necesario para que lo sean, ser oídos y vencidos en juicio ordinario art. 276. No haciendo como no hace mérito este artículo de los curadores ejemplares, parece se hallan en distinto caso; dicta con todo la razon se les favorezca igualmente y aun mas si cabe, por deber casi siempre serlo parientes llamados por la ley, de consideracion particular, que no merecen los estraños: y aunque los curadores ejemplares ocupen seccion separada en la ley de Enjuiciamientos civiles, y distinta de los curadores para pleitos y para bienes, en rigor son iguales á estos, por mas que su cuidado principal recaiga sobre las personas incapacitadas.

RETRACTOS.

1.º Es Juez competente para conocer de los retractos el del lugar, donde está sita la cosa, ó el del domicilio del comprador, á eleccion del demandante: art. 673. Para conseguirse el retracto, debe ser interpuesta la demanda dentro de nueve dias, contados desde el otorgamiento de venta en escri-

tura pública: y lo mismo deberá decirse del otorgamiento de otra escritura que equivalga á la venta, como si se adjudicasen por ella bienes en satisfaccion de una deuda. Hay ademas que consignar el precio, si se sabe, y sino dar fianza suficiente de ejecutarlo; acompañar tambien justificacion del título en que se funde el retracto, esto es, el grado de parentesco en el gentilicio, la condicion de comunero en el condueños etc., y comprometerse el demandante, á no vender la finca, objeto del retracto, no siendo por necesidad justificada, en el término de dos años, si fuere gentilicio; cuatro si de comuneros, y seis si de dominio útil ó directo, bajo pena de nulidad en todos tres casos: artículos 674 y 690. Podrá con todo libertar al retrayente de esta obligacion el comprador vencido, como único interesado en ello, pues la impuso la ley con el fin de dificultar en lo posible la introduccion de terceros, que buscan los que desean hacerse con bienes ya vendidos: art. 689.

2.º Cuando la escritura de venta hubiese sido otorgada fuera de la residencia del retrayente, tendrá este, sobre los nueve dias ordinarios para retraer, otro dia por cada diez leguas de distancia al punto en que se realizó la venta: art. 675. Si se ocultase maliciosamente la venta, corren los nueve dias desde el conocimiento ó noticia de ella por el demandante: art. 676.

**VENTA DE BIENES DE MENORES É INCAPACITADOS Y
TRANSACCION DE SUS DERECHOS.**

1.º Es necesaria justificacion de necesidad ó utilidad y licencia del Juez, para proceder á la venta de bienes raices, bienes inmuebles, ó semovientes de valor, y muebles que puedan conservarse sin menoscabo, pertenecientes á menores é incapacitados: artículos 1401 y 1402. Para proceder á dicha venta debe concurrir el curador para pleitos, si le tuvieren los menores, y sino el Promotor Fiscal. El Juez concederá su autorizacion, bajo condicion de verificarse la venta en pública subasta, y prévia tasacion ó avalúo, si la venta fuese de bienes inmuebles: art. 1405.

2.º Los mismos requisitos que para la venta de bienes de menores, son necesarios para poder transigir sus derechos, oyéndose ademas la opinion al menos de tres letrados, que lo aprueben: art. 1412. El nombramiento de peritos se hará por el Juez, para valuar el precio de lo que trata de venderse, sin que se admita subasta, que no llegue al avalúo: artículo 1406. Sino hubiere postor en la primera subasta, se hará segundo avalúo y remate; y si tampoco en este segundo remate hubiese postor, se hará el tercer avalúo y remate: art. 1407 y siguientes. El precio de él se entregará al tutor ó curador del menor, que tenga garantía suficiente hasta que se le dé aplicacion correspondiente, y sino

la ofreciesen, se depositará en un establecimiento público: art. 1410.

COMO SE ELEVA Á ESCRITURA PUBLICA EL TESTAMENTO NUNCUPATIVO.

Puede pedir se reduzca á escritura pública el testamento hecho de palabra, cualquiera que tenga interés en el testamento, ó que por él reciba algun encargo, ó sus representantes legítimos: art. 1381. El dia y hora señalada, serán examinados separadamente, el escribano si lo hubiere habido, y los testigos presenciales. El otro escribano ante quien se practique el exámen referido, dará fé de conocer al escribano otorgante, sino fuese notoria de público su persona, y á los testigos del testamento; y sino los conociese, exigirá la presentacion de dos testigos de abono, que suscriban las declaraciones de los testigos por ellos reconocidos: artículos 1383 y siguientes. En las declaraciones de los testigos se espresará la edad y vecindad, que tenian al tiempo del otorgamiento del testamento: art. 1386.

2.º Si de dichas declaraciones resultase probada la voluntad del testador, manifestada deliberadamente al escribano, si le hubo, y á los testigos necesarios de palabra y en un solo acto, el Juez declarará aquella por testamento sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en la escribanía del domicilio del testador, y habiendo varias, en la que el Juez designe; y sino la hubie-

re, en la escribanía de la cabeza de partido que el Juez determine: art. 1387 y siguientes.

DE LA APERTURA DE TESTAMENTO CERRADO.

1.º Presentado que sea por algun interesado, segun lo manifestado anteriormente, un testamento cerrado ante el Juez competente, hará que el escribano actuario espresé por diligencia el estado en que se encuentra, y la firmará el presentante. Se citará desde luego si se puede, ó para el dia siguiente, al escribano otorgante y testigos, que hubiesen firmado la cubierta del testamento. Los testigos que hubiesen fallecido, ó estuviesen ausentes, serán abonados por dos testigos que conozcan sus firmas, cotejándolas con otras reconocidas por legítimas. Lo mismo se practicará con el escribano otorgante del testamento en los casos de defuncion ó ausencia, reconociendo dos testigos su signo y firma, y cotejándolos con otros legítimos. El escribano otorgante y testigos que se presenten, reconocerán bajo de juramento el signo y firmas suyas, igualmente que las de los que fallecieron, ó estuvieren ausentes, declarando si los vieron firmar con ellos, y asimismo reconocerán, si el pliego ó carpeta del testamento están en el mismo estado que cuando le autorizaron: art. 1390 y siguientes.

2.º Practicadas dichas diligencias, el Juez abrirá el testamento y lo leerá en presencia de los escribanos otorgante y actuario, de los testigos pre-

senciales al otorgamiento y de la persona ó personas, que lo hubiesen presentado: artículo 1396. Aunque este artículo no previene que el Juez lea primero silenciosamente el testamento, por si contuviese alguna cosa digna de reserva, parece debe seguirse esta buena práctica aconsejada por los autores. Por fin el Juez dictará providencia, no habiendo sobre ello inconveniente, mandando protocolizar el testamento y diligencias de apertura, dando testimonio á los interesados, que lo pidieren, y sobre todo al presentante para su resguardo: artículo 1397.

3.º Tambien se protocolizará en union con el testamento cualesquiera memoria, que confrontase con las señales consignadas en él, prévias las diligencias de presentacion, del lugar donde se halló y su estado, artículos 1398 y 1399.

4.º La protocolizacion debe realizarse en el registro del escribano otorgante del testamento, y no siendo posible, en la escribanía, que el Juez designe de las comprendidas en el lugar del domicilio del testador, artículo 1400.

ADVERTENCIA.

La impresion de este MANUAL Y APENDICE, es un mero ensayo precursor de la publicacion de las INSTITUCIONES DE DERECHO PENAL, que el autor tiene concluidas.

