

a un hijo natural, no por su interés sino por el de personas á quienes no deba el ser. Puede suceder también que la madre, con objeto de dar a su hijo las ventajas inherentes á la legitimidad y de adquirir el goce de bienes que a este se hubiesen donado ó legado, contraiga matrimonio para legitimarle con un hombre que no sea el padre. En semejantes casos es claro que el hijo podrá atacar y destruir el reconocimiento que de su filiación se hiciera, para impedir la legitimación. Véase *Legitimación*.

### *Hijo legitimado por el rey*

V Hemos hablado hasta aquí del hijo legitimado por subsiguiente matrimonio; pasemos al legitimado por concesión del rey.

El rey puede legitimar a un hijo ilegítimo, *ley 17, tit 6, lib 5 del Fuero Real, ley 4, tit 15, Part 4, y ley de 14 de abril de 1858*.

La ley 9, tit 18, Part 3, y la ley 4, tit 15, Part 4, así como las leyes romanas, no admiten a todo ilegítimo a la gracia de legitimación por rescripto del rey, sino solo á los hijos habidos en concubina con quien podía el padre casarse al tiempo de la concepción. Mas por muy justa que sea esta regla, parece haber prevalecido la opinión de los autores que han sostenido la legitimación de todos los demás hijos ilegítimos, sin excluir a los incestuosos, ni a los adúlteros, ni a los sacrilegos, ni a ningún otro de los espurios. La legitimación de estos hijos, dicen, no es contraria a los principios, porque teniendo el soberano la potestad de abrogar las leyes civiles, tiene por consecuencia necesaria la de relajárlas, conceder dispensa de ellas, y modificar su aplicación. Si les opones que la legitimación es una imagen del matrimonio y que no puede por lo tanto tener lugar en los casos en que el padre y la madre eran incapaces de casarse entre sí al tiempo de la concepción de los hijos, te responden, que en el orden de la naturaleza todos los hijos nacen iguales, que la distinción de legítimos e ilegítimos no se ha introducido sino por las leyes civiles, y que así no hay razón que impida al soberano derogar esta distinción cuando lo crea conveniente. Lo cierto es que la real cédula de 21 de diciembre de 1800 sobre gracias al sacar supone la posibilidad de la legitimación real de los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las ordenes, pues que fija el servicio pecuniario con que en su caso ha de contribuirse por la legitimación de cada uno de los hijos de dichas clases. Bien que en el real decreto de 5 de agosto de 1818, que es el que ahora rige sobre las citadas gracias, no se hace mención alguna de los hijos de clérigos ni de los de casados. Por fin la ley de Cortes de 14 de abril de 1858 da facultad al rey para resolver las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales según los define la ley 1, tit 5, lib 10, Nov Rec, o sea la ley 11 de Toro, es decir, de los hijos ilegítimos de aquellas personas que podían casarse entre sí sin dispensa en la época de la concepción o del nacimiento, con tal que el padre los reconozca por suyos.

Podrá pues el rey legitimar ahora según esta ley de 14 de abril de 1858 1º al hijo de soltero y soltera que no tuviesen entre sí relaciones de parentesco en grado prohibido 2º al hijo adúlterino de personas casadas que al tiempo del nacimiento se hubiesen hallado en aptitud para casarse entre sí por haber muerto los conyuges con quienes respectivamente estaban ligadas al tiempo de la concepción. Pero no podrá legitimar 1º al hijo de soltero y soltera que fuesen parientes en grado prohibido, porque como estos parientes nunca pueden casarse sin dispensa, nunca podrá el hijo adquirir la consideración de natural en el sentido de la ley 11 de Toro y de la ley de 14 de abril de 1858, de lo cual resulta la anomalía de que pudiendo como puede ser

legitimado este hijo por el subsiguiente matrimonio de sus padres celebrado con dispensa del impedimento, no pueda serlo por rescripto del rey cuando por el contrario el rescripto del rey no debia recaer sino sobre hijos que no se legitimasen por matrimonio — 2º ni al hijo adúlterino de padres que maquinaron la muerte de sus respectivos conyuges o de uno de estos, o se dieron palabra de casarse despues que el casado quedara viudo, o de hecho se casaron á sabiendas estando todavia enlazado alguno de ellos con otra persona, porque como los adúlteros que se hallan en alguno de estos casos, no pueden jamás contraer entre sí legítimo matrimonio sin dispensa, aunque lleguen a quedar libres de sus anteriores enlaces, es claro que tampoco el hijo que concibieron en adulterio podrá nunca pasar a la condición de los naturales según los entiende la ley 11 de Toro, aunque al nacer encuentre ya libres a sus padres — 3º ni al hijo ilegítimo de clérigo ordenado *in sacris*, ni al de fraile profeso, ni al de monja profesas, porque ninguno de estos hijos puede nunca revestirse de la calidad de hijo natural, respecto de que ni la monja, ni el fraile ni el clérigo pueden en tiempo alguno casarse sin dispensa. Véase *Hijo incestuoso*, n VI, *Hijo adúlterino* n XIII, *Hijo sacrilego*, n VIII, *Hijo nancea*, n IV. Las legitimaciones que el rey no puede otorgar por sí solo, quedan reservadas a las Cortes con el rey.

VI Para que la carta real de legitimación concedida a un espurio sea válida y no pueda calificarse de subrepticia, es necesario en primer lugar, según convienen todos los autores, que la calidad del hijo se haya expresado en la suplica porque es más difícil otorgar esta gracia al hijo espurio que al meramente natural de soltero y soltera.

¿Bastara empero decir en general, que el hijo es bastardo ó espurio, nacido de vedado ayuntamiento, sin expresar que es incestuoso ó adúlterino? Baldo, Juan Andrés, Decio y Juan Antonio de San Jorge sostienen la afirmativa, fundándose en el principio de que como el género contiene la especie, lo que se dice de aquel se entiende también de estas. *Cogitatum in generale refertur ad specialia*. Pero Antonio de Butrio, Covarrubias y Mr d'Aguesseau han abrazado la opinión que lo niega, porque cuanto más odioso sea el delito en la persona del padre, más difícil será limpiar la mancha en la persona del hijo.

Y si el hijo procede de doble adulterio, es decir, de dos personas casadas con otras, ¿queda ya válidamente legitimado cuando en la suplica se le califica simplemente de hijo adúlterino? Oldrado, Juan Antonio de San Jorge, Decio y Covarrubias responden que la legitimación es subrepticia, porque el rey ha podido creer que el adulterio era simple y es muy probable que habria puesto más dificultad en otorgar la gracia si hubiera sabido que el hijo debía el ser a una doble violación de la fe conyugal. Angelo y otros objetan que jamás se comete adulterio propiamente tal por parte del hombre, y que así por solo el hecho de manifestar al rey que el espurio, a cuyo favor se pide la legitimación, es adúlterino, se da bastante a entender que su madre ha violado para darle la vida el vínculo que la ligaba con su esposo. Mas esta objeción no está fundada con respecto a nosotros sino en un falso principio. Es cierto que según el derecho romano solo se cometía adulterio cuando una mujer casada se abandonaba a un hombre libre ó casado. *Propria adulterium in nuptia committitur propter partum ex altero conceptum*, dice la ley 6, § 1, D *ad leg Jul de adult*. Pero entre nosotros el comercio de un hombre casado con una mujer soltera no es ménos adúlterino que el de una mujer casada con un hombre soltero, según se echa de ver en la ley 2, tit 15, Part 4, que llama *fechos en adulterio* a los hijos que un casado hiciese en barragana. Hay pues doble adulterio cuando el hombre y la mujer están ligados en m-

testimonio con otras personas, y como el yerro es mas grave en este caso que cuando el uno de los adulteros es libre o soltero, no parece debe dudarse que la omision de la circunstancia del doble adulterio en la suplica hara subrepticia la carta de legitimacion

Es de advertir empero, que como ahora se forma expediente instructivo en el competente juzgado de primera instancia y en la audiencia territorial, segun luego veremos, cuando alguno solicita la legitimacion real de algun hijo, bastara que la especie de su ilegitimidad resulte de las diligencias practicadas o documentos que obren en el expediente, aunque no se haya expresado en la suplica, para que el rescripto del rey no se tenga por subreptico

VII Exigia el derecho romano en segundo lugar (*cap 2 de la Nov 74, y cap 9 de la Nov 89*) para la validez de la legitimacion por rescripto que el padre careciese de hijos legítimos, porque no tenia por justo que los frutos de la disolucion y de la licencia se introdujesen en una familia y se confundiesen con los de una union legitima y pura. Tambien nuestra legislacion exige esta circunstancia, pues que la ley 5, tit 6, lib 3 del Fuero Real, solo al hombre que no tuviere hijos de bendicion permite adoptar a un extraño y legitimar al hijo que hubiese habido en barragana. Por eso Gregorio Lopez en la glosa 2 de la ley 36, tit 18, Part 3, y en la glosa 5 de la ley 52, tit 9 Part 6, afirma que habiendo hijos legítimos no puede ser legitimado por rescripto el espurio ni aun el natural. Si bien sin embargo los autores que puede el rey conceder la legitimacion aun en concurrencia de hijos legítimos, y que sera valida la concesion, con tal que en la suplica se haya hecho presente la existencia de estos hijos, pero que en el caso de haberse callado esta circunstancia, se tendra por nula y de ningun efecto la gracia, como obtenida por obrepcion o subrepcion

Hase preguntado con este motivo, si la carta de legitimacion obtenida por un padre que no tiene mas hijos que los naturales o espurios que ha legitimado, caducara y quedara sin efecto en el caso de que le sobrevengan hijos legítimos? Los autores se han dividido en sus respuestas unos han sostenido que la supervencion de hijos legítimos debe hacer caduca la legitimacion de los naturales o espurios, porque en el caso propuesto la gracia del rey ha venido a parar *ad casum a quo incipit e non potest* otros por el contrario han contestado, que habiendose consumado la legitimacion por rescripto en tiempo habil, no debe revocarse por un acontecimiento que hubiera impedido su concesion en el principio apoyandose en la regla de que *non est novum ut quae semel utiliter constituta sunt, dum ont, licet ille casus existerit a quo incipit e non possunt*, como dice la ley 85, § 1, D de *regulis juris*, la cual tiene lugar especialmente cuando del acto hecho en tiempo util resulta un derecho adquirido en beneficio de alguna persona. Los primeros tenian a su favor la ley 5, tit 6, lib 3, y las leyes 1 y 7, tit 21, lib 4 del Fuero Real, las cuales anulan o dejan sin efecto las adopciones y legitimaciones por la supervencion de hijos legítimos, y los segundos se veian apoyados por la ley 9, tit 15, Part 4, la cual deja subsistente la legitimacion por rescripto, pues que ordena que los legítimos partan la herencia con los legitimados. Mas tratose de este asunto en las Cortes de Toro disputose con calor sobre si habia de regir la disposicion de las citadas leyes del Fuero Real, o la de la ley de Partida, y despues de las altercaciones conviniereon todos en que por la supervencion de hijos legítimos no se revocase ni tampoco se mantuviese en todos sus efectos la legitimacion real, acordando por fin que el hijo legitimado por privilegio del rey no pueda suceder por testamento ni abintestato a su padre ni a su madre ni a sus abuelos con los hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio que les sobrevinieren, a no ser en la quinta parte de los bienes que

quisieren dejarle, pero que en la sucesion a los otros parientes y en las honras y preeminencias sea igual a los nacidos de legitimo matrimonio.

VIII Para que se otorgase y fuese valida la legitimacion por rescripto, era necesario en tercer lugar por el derecho romano que el padre se hallase en la imposibilidad fisica, moral o legal de casarse con la madre de sus hijos naturales, fisica, como si la madre habia fallecido, moral, como si se habia hecho indigna del titulo de esposa, y legal, como si despues del nacimiento de los hijos habia sobrevenido algun impedimento dirimente entre los padres, *Nov 89, cap 9*. Entre nosotros no se deduce ley alguna que requiera esta condicion, pero los autores la establecen afirmando que no puede recurrirse al medio de la legitimacion por rescripto mientras pueda echarse mano de la legitimacion por subsiguiente matrimonio, de modo que existiendo este ultimo medio, no producira efecto alguno la gracia de la legitimacion, a no ser que el rey la otorgue con todo conocimiento de que el padre podia legitimar al hijo casandose con la madre. Asi opinan Gregorio Lopez en la glosa 8 de la ley 4, tit 15, Part 4, Tello en el num 8 de su comentario a la ley 12 de Toro, y el doctor Llamas y Molina en el num 45 del suyo a la misma ley

IX El padre es quien debe pedir en su caso la legitimacion real, como supone la ley 4, tit 15, Part 4, sea por si mismo, sea por medio de procurador mas no puede pedirla sin el consentimiento expreso o tacito del hijo, porque ningun hijo ilegítimo puede ser legitimado de modo alguno contra su voluntad, como establece el cap 11 de la Novela 89 y afirman comunmente los autores, especialmente Gregorio Lopez en la glosa 2 de la ley 9, tit 18, Part 3, y en la glosa 1 de la ley 4, tit 15, Part 4, y el doctor Llamas en su comentario a la ley 12 de Toro. Si el hijo es impuber, se presume que consiente, pues que la legitimacion se tiene por ventajosa para el mismo, pero en llegando a la pubertad puede reclamar contra ella, y si guarda silencio se entiendo que la ratifica

Tambien el mismo hijo, despues de la muerte del padre, puede pedir su legitimacion, acreditando que el padre no dejo hijos legítimos, que le reconocio por su hijo natural, que le instituyo heredero y que manifesto deseo de que fuese legitimado, *ley 6, tit 15, Part 4*. Todavia añaden algunos autores que puede hacerse la legitimacion a peticion del hijo contra la voluntad del padre, pero que entonces no conseguira los derechos de sucesion a la herencia paterna, sino solamente las preeminencias y honras de legitimo

X El que solicite la legitimacion debe acudir directamente a la audiencia territorial, presentando en ella la solicitud para el rey y los documentos en que la funda. La audiencia debe remitirla al juez de primera instancia competente, el cual ahi en un expediente informativo, oira por via de instruccion sin figura de juicio a las personas o corporaciones que puedan tener interese en el asunto, admitira las justificaciones que los interesados ofrecieren, las recibira en su caso de oficio, y devolvera a la audiencia el expediente original con su informe. La audiencia, ovendo al fiscal, examinara si el expediente se halla debidamente instruido, no estandolo, ampliara convenientemente la instruccion, y cuando esta se halle completa, elevara igualmente original el expediente al gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y padezca. *Ley de 14 y real orden de 19 de abril de 1838*

XI La gracia de legitimacion no se concede gratis, sino por cierto servicio pecuniario que debe prestarse al pretendiente. El real decreto de 5 de agosto de 1818 sobre gracias al sacar, dice en su art 13 « La legitimacion a hijo o hija, que lo hubieron sus padres siendo solteros, para heredar y gozar, servira con doscientos ducados de vellon cada hijo o

hija, pero si la legitimacion es solo para ejercer oficios de republica, servira indistintamente con ciento cincuenta ducados, o si es para oficio determinado, como abogado, escribano, procurador u otro de esta clase servira con cien ducados. El mismo real decreto dice en su art 21 « La legitimacion extraordinaria para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de caballeros profesos de las ordenes servira con mil ducados de vellon siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios, pero comprendiendo la circunstancia de gozar la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, entendiendose en uno y otro caso por cada hijo o hija que lo solicite. La real cedula de 21 de diciembre de 1800, que era la que antes regia sobre esto asunto, incluia con los hijos de caballeros profesos de las ordenes a los hijos de *clerigos y de casado*, pero los excluyo en onito despues el real decreto de 3 de agosto de 1818, como hemos visto, sin duda porque se quiso cerrar la puerta a las legitimaciones de los hijos sacrilegos y de los adúlterinos. Mas como ahora, por consecuencia del tenor de la ley de Cortes de 14 de abril de 1838, pueden ser legitimados por rescripto los adúlterinos que por haber nacido a tiempo en que sus padres se hallaban libres para casarse entre si sin dispensa, tienen la calidad de naturales parece puesto en el orden que los consideremos otra vez colocados para el servicio pecuniario por la gracia de la legitimacion entre los hijos de los caballeros profesos de las ordenes.

El gobierno no puede relevar a los que obtengan la gracia de la legitimacion, del pago del servicio o derechos señalados en los aranceles o tarifas vigentes (*que son los del real decreto de 3 de agosto de 1818*) sin el concurso de las Cortes, ley de 14 de abril de 1838.

XII El hijo legitimado por el rey adquiere todos los derechos de hijo legítimo, segun las leyes 4 y 9, tit 13, Part 4, y la ley 9, tit 18, Part 3, era heredero forzoso de sus padres por testamento y abintestato, en union con los hijos habidos de legítimo matrimonio y tenia todos los honores y preeminencias de los hijos legítimos. Mas ahora, segun la ley 12 de Toro, o sea ley 7, tit 20, lib 10, Nov Rec, aunque haya sido legitimado para heredar los bienes de su padre o madre o de sus abuelos, si despues el padre o la madre o los abuelos tuvieren hijos o nietos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, no podia suceder con ellos por testamento ni abintestato en los bienes de dichos sus ascendientes, y solo sera capaz de hacer lo que estos quieran dejarle de la quinta parte de sus bienes.

Aunque parece que la ley 12 de Toro no excluye al hijo legitimado por el rey del derecho de suceder a sus ascendientes con los hijos legítimos o legitimados por matrimonio sino en el caso de que estos *sobrevivieran* despues de su legitimacion real, no se crea por eso, como han creido Palacios Rubios y algunos otros autores, que le deja el derecho de sucederles con los legítimos o legitimados por matrimonio que ya *existian* al tiempo en que fue legitimado. Si el legitimado por el rey no puede suceder con los legítimos que nacen despues, menos podra suceder con los que nacieron antes, porque el derecho de estos á su legitima estaba ya adquirido y arraigado en sus personas, al paso que el de aquellas no existia ni podia existir, pues que no habian nacido. La ley de Toro supone que el hijo natural no ha sido ni podido ser legitimado por el rey, a lo ménos para heredar, habiendo en la epoca de la legitimacion hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, pues que segun el derecho romano y el español solo el padre que no tenia hijos de bendicion podia pedir la legitimacion real de sus hijos naturales, y asi es que se limita y contrae precisamente al caso en que podia haber alguna duda, esto es, al caso en que los hijos legítimos o legitimados por matrimonio sobrevengan despues de otorgada la legitimacion del natural por

el rey, decidiendo que ni aun en este caso puede el legitimado por concesion real perjudicar a los hijos legítimos en su legitima, o sea en las cuatro quintas partes de la herencia que les corresponden.

Sientan, sin embargo, comunmente los autores, que el hijo legitimado por el rey entrara á participar de la herencia de sus ascendientes en union con los legítimos, si el rey en su privilegio le habilita espresamente *para suceder con los hijos legítimos sin diferencia tanto en el caso de que hayan nacido antes de la legitimacion como en el de que nazcan despues*, porque el rey, dicen, puede en la plenitud de su soberania disminuir la legitima de los legítimos. Pero si el rey se contenta con legitimarle simplemente sin la indicada espresion, se presume que no quiere perjudicar a los legítimos nacidos o por nacer, aunque tenga noticia de su existencia, y que asi no le concede la legitimacion sino para heredar en defecto de los legítimos o para limpiar la mancha del nacimiento o para otros efectos de modo que siempre se supone en el privilegio la clausula de *sin perjuicio de los legítimos*, aunque se haya omitido, como entre otros enseñan Acevedo y Llamas en sus comentarios a la ley 12 de Toro, n 52 y 53.

En resumen, los hijos legitimados por el rey tienen derecho y deben ser admitidos a la sucesion de sus padres por testamento y abintestato, si hubiesen sido legitimados para este fin y estuvieron solos pero habiendo hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, cualquiere que sea el tiempo en que nacieron, no podian perjudicarse en sus legítimas. Es por ultimo de advertir aqui, que como el ejercicio de la soberania esta dividido ahora entre las Cortes y la corona, no parece que puede ya el rey por si solo disminuir las legítimas de los hijos habidos o considerados como habidos de matrimonio, ni por consiguiente hacer participantes de ellas en union con estos a los hijos naturales, sin que hasta al efecto la autorizacion de que se halla revestido por la ley de 14 de abril de 1838 para resolver las instancias sobre legitimaciones, pues esta facultad no ha de ejercerse sino con arreglo a las leyes, y nunca en detrimento de los derechos que las leyes confieren a los hijos legítimos o tenidos por tales.

En defecto de hijos y descendientes legítimos, debe ser preferido el legitimado por el rey a los ascendientes en la sucesion de sus padres, asi por testamento como abintestato, supuesto el caso de que haya sido legitimado para heredar, como sostienen Covarrubias, lib 4, *Varias*, cap 21, Dueñas, leg 350, Perez, en la ley 22, tit 3, lib 1, *Ordenam*, col 163, Matienzo, en la ley 10, tit 8, lib 6, *Nuev Recop*, Cifuentes, en la ley 12 de Toro, n 2, y Gomez, en la misma ley, n 66. En efecto, como la ley 12 de Toro no excluye al legitimado por el rey de la sucesion de sus padres sino cuando hubiere descendientes legítimos, se infiere con razon que no habiendo tales descendientes quieredar al legitimado los mismos derechos que correspondian a los legítimos con preferencia a los ascendientes.

Aunque el hijo legitimado por el rey no puede suceder por testamento ni abintestato a su padre ni a su madre ni a sus abuelos con los hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, sino en el quinto que le quisier en dejar, es empero igual a ellos en la nobleza y demas honores civiles, asi como en el derecho de suceder por testamento y abintestato a los demas parientes. « Pero en todas las otras cosas, concluye diciendo la ley 12 de Toro, ansi en suceder a los otros parientes, como en honras e preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio. » Esta ultima disposicion de la ley de Toro, por lo que hace a nobleza y preeminencias, se entiende solo con el hijo natural legitimado, pero no con el espurio, pues con respecto a este se

halla derogada por las leyes 5 y 6, tit 5, lib 10, Nov Rec

La legitimacion surte sus efectos desde que se espide la real gracia « Si cabe su ruego (de los padres que piden la legitimacion de sus hijos), dice la ley 4, tit 15, Part 4, et los legitiman, son desde en adelante legitimados » No tiene pues efecto retroactivo la legitimacion real, á no ser que otra cosa se disponga en el rescripto, como dice Gregorio Lopez

**HIJO POSTUMO (1)** El que nace despues de la muerte de su padre, *ly 20, tit 1, Part 6* Componse esta voz de la particula *post* y de la diercion *humus*, y se ha adoptado para designar al hijo nacido despues de muerto o enterrado su padre, *post humatum patrem* En un sentido mas estenso e impropio, se ha llamado tambien así el nacido despues del ultimo testamento de su padre, como añade la citada ley 20, tit 1, Part 6 *Vease Postumo*

I El hijo postumo tiene los mismos derechos que el hijo nacido antes de la muerte de su padre, y mientras existe en el vientre de su madre, se le considera nacido para los efectos del derecho siempre que se trata de su bien o utilidad y particularmente para las sucesiones *Qui sunt in utero, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodis et utilitate agitur* « Demientra que estoviere la criatura en el vientre de su madre, dice la ley 3, tit 25, Part 4, toda cosa que se haga o se diga a pro della, aprovechase ende, bien assi como si fuese nascida, mas lo que fuesse dicho o fecho a daño de su persona o de sus cosas nol empesce »

II Si el difunto cuya mujer queda en cinta dejara otros hijos, podran estos proceder, si quisieren, a la particion de la herencia de su padre, destinando al hijo que esta por nacer la porcion que le corresponda, y haciendo que se le nombre tutor que defienda sus derechos Pero sera mas convenientemente diferir la particion hasta despues del nacimiento del postumo, ya por razon de la incertidumbre que hay de que nazca con las circunstancias necesarias para ser heredero, ya porque puede suceder que la viuda de a luz dos gemelos

Si el difunto no hubiese dejado otros hijos, deben sus herederos y la viuda formar inventario de los bienes de la herencia segun las reglas espresadas en el articulo *Beneficio de inventario*; y la viuda es quien ha de tener y conservar dichos bienes, *ley 3, tit 6, lib 3 del Fuero Real* Por la ley 16, tit 6, Part 6, se halla ordenado, que mientras se dudare sobre el estado de preñez en que quedo la viuda, no pueda el hermano ni otro pariente del difunto entrar en la herencia, sino que debe esperar al parto o a que se desvanezca toda sospecha de preñez

Si por alguna justa razon determinare el juez que los bienes de la herencia pasen durante la preñez en deposito o secuestro a poder de otra persona, se habran de señalar y dar a la viuda sobre ellos, aunque haya gananciales, alimentos correspondientes a la calidad de las personas y proporcionados a la cantidad de los bienes, porque en este caso se supone que se dan los alimentos no tanto a la viuda como al hijo que lleva en el vientre

Estos alimentos no deberan denegarse, ni tampoco cesar despues de concedidos, aunque haya personas interesadas que contesten y disputen la legitimidad del postumo, antes bien habrán de aumentarse durante el pleito a proporcion de las necesidades del mismo postumo, porque en una contestacion de esta naturaleza se presume que el hijo es legitimo y que la mujer no ha sido infiel a su marido mientras no se pruebe lo contrario *Vease Herencia, n VIII, al fin*

III Los parientes mas inmediatos del difunto, cuya viuda queda realmente o dice que queda en cinta, tienen derecho a tomar precauciones para evitar una suposicion de

parto o cualquier otro engaño La ley 3, tit 6, lib 3 del Fuero Real dice que el alcalde á solicitud de los parientes debe poner dos mujeres buenas a lo menos que asistan al nacimiento del hijo con luz y sin mas concurrencia que la de la partera o comadre, la cual ha de ser bien reconocida para que no pueda cometer fraude Mas la ley 17, tit 6, Part 6, dicta medidas mas nunciadas y severas Segun ella, la viuda que se sintiere en cinta debe hacerlo saber de quince en quince dias a los parientes mas proximos de su marido hasta que envíen personas que se aseguren de su estado, y pueden con efecto comisionar a cinco buenas mujeres que le reconozcan el vientre de manera que no se lo toquen contra su voluntad, como asimismo pedir al juez que la ponga en alguna casa honesta donde more y sea vigilada hasta que para Treinta dias antes del parto debe la viuda dar otro aviso a los parientes para que envíen otra vez mujeres expertas que le reconozcan el vientre Si en la habitacion hubiere muchas entradas, deben cerrarse todas no dejando mas que una, en cuya puerta pueden aquellos poner tres hombres y tres mujeres con dos compañeros y dos compañeras que la guarden siempre que saliere de la casa o habitacion para el baño u otro cualquiera objeto, deben los guardadores registrar el paraje a que se dirige para impedir que haya en el mujer preñada, niño escondido u otra cosa capaz de causar engaño, y cuando quisiere entrar alguna persona en la casa o habitacion donde se hallare la viuda, debienla reconocer de manera que no pueda resultar fraude Cuando la viuda espermentare las señales de la aproximacion del parto, debe avisar otra vez a los parientes para que envíen a reconocerla de nuevo y guardarla si quisieren, y estando ya con los dolores, no ha de haber en la habitacion hombre alguno, mas pueden concurrir hasta diez mujeres buenas que sean libres, y hasta seis sirvientas que no esté ninguna de ellas preñada, y otras dos mujeres expertas que la ayuden a parir, debiendo haber por la noche en el aposento tres luces a lo menos para precaver el fraude que pudiera cometerse en la oscuridad, y por fin luego que nazca la criatura, debe mostrarse a los parientes del marido si la quisieren ver

« Seyendo guardadas estas cosas, concluye diciendo la ley de Partida, en la mujer de que fuese dubda si era preñada o non, heredara el fijo que nasciese della despues de la muerte de su marido los bienes del Et si esta mujer sobredicha de que fuese dubda si era preñada o non, non se quisiere dejar catar el vientre, o non quisiese que la guardasen así como sobredicho es, o en otra manera que fuese guisada et usada en el lugar do vive, maguer pariese et viviese el fijo, non le entregarien de los bienes del muerto, á menos de seer probado que la criatura nasciera della en tiempo que podiera seer fijo o fija de su marido » De estas ultimas palabras en que se halla concebida la ley, aparece — 1º que para evitar la sospecha de suposicion de parto no se han de observar precisamente las precauciones que la ley contiene, sino cualesquiera otras que se acostumbren en el pais, y aun bastaran las que dicte la prudencia del juez segun las circunstancias a peticion de los interesados — 2º que observándose estas u otras precauciones exigidas por los parientes del difunto, el hijo sera tenido por legitimo, aunque nazca pasados diez meses desde el fallecimiento — 3º que resistiéndose la viuda al reconocimiento de su vientre o a la custodia de su persona, no por eso perdiera el hijo su derecho a los bienes paternos, con tal que se pruebe que nacio de ella y a debido tiempo, esto es, dentro de diez meses desde la muerte del marido Todavia añaden los autores, que si la viuda dejare de denunciar su preñez a los parientes del marido por ignorancia o inadvertencia y no por malicia, no le perjudicará esta omision a ella ni á su hijo *Vease Hijo legitimo, ns XI, XII y XIII*

(1) Algunos interpretes escriben *posthimo* con ñ o aspiracion. *Vease el articulo Postumo.*

IV Si a los ojos de cierta secta de filósofos y fisiologistas no es el feto mas que una parte de las entrañas de la madre, *pars viscerum matris*, a los del legislador por el contrario es un ente que vive, una persona que luego tendrá necesidad de bienes, y que por lo tanto se considera ya con suficiente capacidad para adquirirlos, a lo menos de derecho. Por eso el hijo concebido se reputa nacido cuando se trata de su interes, y por eso la ley, para que un hijo pueda suceder a sus padres, no exige que haya nacido *antes* de la apertura de la sucesion, sino que tiene por bastante el que en esta epoca se halle concebido, con tal que despues nazca vivo, viva por lo menos veinte y cuatro horas naturales contadas desde su total salida del vientre de la madre, sea bautizado, y salga a luz en tiempo en que pueda vivir naturalmente, esto es, a los seis meses y un dia cuando menos despues de celebrado el matrimonio, y a los diez meses cuando mas sin tocar ni un solo dia del undecimo despues de disuelto, pues faltando alguna de estas cuatro circunstancias, no se tendrá el parto por natural y legitimo, *ley 4, tit 25, Part 4, y ley 13 de Toro, o sea ley 2, tit 3, lib 10, Nov Rec* Véase *Abortivo, Hijo legitimo y Paternidad*

V El postumo pues que nace y reúne dichas circunstancias, es heredero forzoso de su padre por testamento y ab intestato, y si fue *preterido* u omitido en la disposicion de ultima voluntad que hizo su padre, por no estar entonces todavia concebido ó por otra cualquiera razon, quebrantara y dejara sin efecto el testamento, y percibira toda la herencia estando solo, o la parte que le correspondiere habiendo otros hijos legitimos, *leyes 17 y 19, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 3, tit 6, lib 3 del Fuero Real, ley 20, tit 1, y ley 16, tit 6, Part 6, y ley 13 de Toro*

VI Mas quedara el testamento, en este caso, absolutamente nulo, como si el padre no lo hubiese otorgado? se conservaran por el contrario las mandas y mejoras que en el se hubiesen hecho? Es regla general establecida por el derecho romano y por el nuestro, que cuando se quebranta el testamento por causa de pretericion o desheredacion, se conservan los legados y demas disposiciones que no sean institucion de heredero *Ex causa exheredationis vel preteritionis* (dice la Autentica *Ex causa, C de liber preter et exher*) *utrum est testamentum quantum ad institutiones, cetera namque firma permanent*. Lo mismo se expresa en la Novela 113, cap 3, donde despues de decir el emperador Justiniano que no es permitido al padre ni a la madre ni a los ascendientes *preterir* o desheredar a sus hijos o nietos sino por las justas causas que en seguida enumera, concluye disponiendo que si los padres no observan lo que deja prevenido se rescindira el testamento en cuanto a la institucion de herederos y sucederan los hijos ab intestato, pero que si en tal testamento se hubiesen dejado legados o fideicomisos, o se hubiese dado libertad a esclavos, o se hubiesen nombrado tutores, todas estas cosas y demas permitidas por las leyes habran de cumplirse y ejecutarse, como que en esta parte no queda rescindido el testamento. Nuestras leyes de Partidas siguen al derecho romano « Otrosí decimos (dice la ley 7, tit 8, Part 6) que como quer que el hijo o el nieto que fuese desheredado en el testamento lo quebrantase por alguna de las razones sobredichas (esto es, por causa de desheredacion sin justo motivo, o por causa de pretericion, como añade Gregorio Lopez en las glosas 1 y 7), con todo eso las mandas que fueren hechas escritas y las libertades que fueren hechas mandadas o otorgadas a los siervos, non se menguan nin se desatan por esta razon » Por fin la ley 24 de Toro, que es la ley 8, tit 6, lib 10, Nov Rec, ordena que « Cuando el testamento se rompiere o anulare por causa de pretericion o exheredacion, en el cual oviere mejora de tercio o quinto, no por eso se rompa,

ni ménos deje de valer el dicho tercio e quinto, como si el dicho testamento no se rompiese »

Algunos autores, y entre ellos el doctor Llamas, pretenden que la disposicion de todas estas leyes debe aplicarse solo a la pretericion de los hijos hecha por la madre, y no a la hecha por el padre de suerte que si la madre *pretere* u omito al hijo, el hijo romperá o rescindirá su testamento en cuanto a la institucion de heredero y no en cuanto a las mandas, mejoras y demas, pero si es el padre quien hace la pretericion, el hijo preterido romperá y anula a todo el testamento, así en cuanto a la institucion del heredero nombrado como en cuanto a los legados y demas cosas que en el se contuvieren. Fundanse — 1º en las leyes 1 y 17, lib 28, tit 3 del Digesto, en las cuales se califica de nulo y de ningun valor el testamento en que el padre hubiese preterido u omitido al hijo que estaba bajo su potestad, y se oxime por consiguiente al hijo preterido de la manumision de los siervos y de la entrega de los legados — 2º en la ley 10, tit 7, y en la ley 1, tit 8, Part 6, en las cuales se declara que *non vale nin es nada, et por ende, puer que non debe valer non se puede quebrantar* el testamento en quo el padre estableciese algun extraño u otro su pariente por su heredero, no haciendo mencion de su hijo — Mas las disposiciones de la Autentica y de la Novela que hemos citado, segun las cuales el testamento en quo sin causa justa se desheredan, preteren u omiten los hijos es nulo en cuanto a la institucion, pero no en cuanto a las demas cosas contenidas en el mismo, son absolutas y sin escepcion alguna; comprenden tambien la pretericion hecha por el padre, pues que *Sancius*, dice, *non licet e penitus patri vel matri, avo vel avie, proavo vel proavia suum filium vel filiam, vel ceteros liberos preterire aut exheredes in suo fuceo e testamento, nisi forsitan probabuntur ingratu, etc*, son posteriores y derogán por consiguiente a las del Digesto, y aun se hallan corroboradas por el derecho pretorio y por la ley 2, *C de bon posses contra tabulas*, que concediendo a los hijos de familia preteridos el que puedan pedir la posesion de los bienes contra el testamento, da bastante a entender que tema por valido el testamento en que el hijo de familia habia sido preterido. Por lo que hace a las leyes de Partida en que se apoyan los adversarios, puede decirse que solo quieren sea tenido por nulo el testamento en cuanto a la institucion, pues que no hacen mencion de las mandas, y que si efectivamente establecen su completa nulidad en cuanto a los dos extremos, están derogadas en esta parte por la ley 24 de Toro que mas arriba se ha copiado. Es tambien favorable a esta doctrina la ley 1, tit 18, lib 10, Nov Rec, en la cual se dispone que el testamento ordenado en la forma y con las calidades que el derecho requiere, valga en cuanto a las mandas y demas cosas en el contenidas, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y aunque el nombrado no quisiese aceptar la herencia. La ley da validez al testamento por el solo hecho de haberse otorgado con la solemnidad que la misma prescribe, y quiere por regla general, que se cumpla en cuanto cumplirse pueda, así como segun el derecho pretorio entre los Romanos se reputaba por valido todo testamento que se hallaba autorizado con los sellos de siete testigos. debe pues llevarse a efecto en cuanto a legados y mejoras, y rescindirse o modificarse solamente en cuanto a la institucion de herederos el testamento en que el padre hubiese preterido a un hijo. Esta opinion ha sido adoptada por Gregorio Lopez, en las glosas 1 y 7 de la ley 7, tit 8, Part 6, por Antonio Gomez, en su coment a la ley 24 de Toro, n 3, por Tello, en el suyo a la misma ley, n. 2; por Velazquez de Avendaño, id n 1, por Acevedo y Matienzo, en la ley 8, tit 6, lib 3 de la Nueva Recop, por Covarrubias, in cap *Raimundus*, § 6, n 4, de testamentis,

por Ayllon, *ad Gom, l Varar, cap 11, n 2*, y por otros muchos

Sentada y probada ya la regla general de que por causa de pretericion del hijo hecha por el padre se anula el testamento solamente en cuanto a la institucion de heredero y no en cuanto á los legados y demas disposiciones que contenga, parece natural y sencillo aplicarla indistintamente tanto al caso de que la pretericion recaiga sobre el hijo postumo que no se hallaba mas que concebido en la epoca de la muerte del padre como al de que recaiga sobre el hijo que ya entonces habia nacido. Vemos sin embargo, no sin alguna sorpresa, que algunos de los mismos autores que sostienen como regla general la conservacion de los legados y mejoras cuando se quebranta o anula el testamento por pretericion del hijo, la limitan luego al hijo ya nacido, y la desechan con respecto al hijo postumo y aun al nacido cuya existencia ignoraba el padre al tiempo de otorgar su testamento, porque debe presumirse, segun dicen, que si el padre hubiese sabido o pensado que tenia o dejaba procreado un hijo no habria hecho mandas sino que de todo habria dispuesto en favor suyo, para presuncion por cierto. Nos presentan un padre haciendo mandas cuando tiene un hijo conocido, y presumen que no las haria en perjuicio de un hijo ignorado. Son validas las mandas que hace un padre, aun cuando tiene hijos a quienes ama tiernamente con tal que no les disminuyan sus legitimas y no quieren que lo sean cuando tiene hijos a quienes ni ama ni aborrece, pues que ignora su existencia. No nos detendremos en combatir esta escepcion con que Antonio Gomez trata de limitar y ceñir la citada ley 2ª de Toro, ley absoluta y general, ley que no se contrae a hijos nacidos o por nacer, a hijos sabidos o ignorados, sino que abraza todas y cualesquiera pretericiones ni tampoco iremos en pos de las restricciones que a esta misma escepcion ponen otros autores, pues que nos parece que absolutamente y del todo debe desecharse. Todavia combinando la ley 20, *lib 1*, con la 1, *tit 8, Part 6*, resultan razones mas fuertes en favor de la conservacion de los legados cuando quebranta el testamento por pretericion el hijo postumo que cuando lo anula por la propia causa el hijo que al tiempo de su otorgamiento habia ya nacido. Pero es superfluo buscar nuevos argumentos para probar que el hijo postumo no rompe o rescinde el testamento paterno en que ha sido preterido sino por lo que hace a su legitima, pues que tenemos una ley que espresamente así lo decide, ley que no ha sido tomada en cuenta por ninguno de los autores que hemos recorrido, y que a nuestro modo de ver coarta toda disputa. Tal es la ley 19, *tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo*, en la cual se establece, entre otras cosas, que si el marido que muere dejando la mujer preñada hubiese dispuesto de todos sus bienes a favor de otras cualesquiera personas, por creerse sin hijos, tomara el postumo las tres cuartas partes de dichos bienes, y la otra parte que resta se destinara a las personas referidas. *Quum vi praeventis sorte fatali, factu gravidam cum filius relinquitorum, eum qui natus postmodum cum ceteris qui nati sunt, fieri censemus heredem. Quod si nusquam forte reliquerit sobolem, et suam quibuslibet donaverit facultatem, quarta erum eius portio dividenda servatur, tres vero partes, quae superant, posthumus absque dubio sortitur.* Acomodando pues esta ley a los tiempos presentes en que el padre que tiene hijos nacidos o concebidos no puede disponer por testamento en perjuicio de ellos sino solo de la quinta parte de sus bienes, percibirá el postumo siendo unico, o en union con los demas hijos si los hubiere, las cuatro quintas partes de la herencia paterna, y la otra quinta se repartira entre las personas agraciadas por el difunto en proporcion de lo que a cada uno se hubiere dejado, hecha la deduccion de

los gastos que corresponden al quinto y se indican en el artículo *Legitima*

VII El postumo no puede ser desheredado, pues para ello se requiere haber llegado a la edad de diez años y medio y haber incurrido en alguna de las causas que prescribe la ley. Así pues, si un padre llevase su capricho al extremo de desheredar al hijo que su mujer llevaba en el vientre, la desheredacion seria nula y el hijo al nacer quebrantaria el testamento paterno en este punto, dejandolo empero salvo y estable en los demas que contuviese, segun aparece de las leyes romanas y españolas que en el numero anterior quedan citadas.

VIII El postumo es heredero, como cualquiera otro legitimo, no solamente de su padre, sino tambien faltando el padre, de su abuelo, bisabuelo y demas ascendientes con tal que hubiese nacido o estuviese a lo menos concebido en vida del abuelo, bisabuelo u otro ascendiente de cuya sucesion se trata, pues si todavia no existiese ni aun en el vientre de su madre al tiempo de la apertura de la sucesion, no podria reemplazar al difunto, ni recoger sus bienes, ni adquirir ni ejercer sus derechos, ni seria tampoco pariente suyo, porque la nada no es capaz de nada y el que no existe no puede tener calidades. *Non entis nullae sunt qualitates.* Esta doctrina se halla espresamente consignada en el derecho romano *Uicit post mortem avi natus sit* (dice Justiniano, *Inst, lib 3, tit 1, § 8*, hablando del nieto), *tamen avo vivo conceptus, mo tuo patris ejus, suus (avi) effectus.* *Planc si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mo tuo patris suo, suus haeres avo non existit, quo nullo jure cognationis partem sui patris attingit.* La ley 6, *tit 3, lib 28 del Dig*, habia ya establecido anteriormente que el nieto no pudiera suceder ab intestato a su abuelo sino en el caso de que al tiempo del fallecimiento de este se hallase ya concebido *sed hac ita*, dice, *si avi mortis tempore in utero nepos fuit, ceterum si postea conceptus fuit, Marcellus scribit nec ut suum, nec ut nepotem, aut cognatum ad haereditatem vel bonorum possessionem posse admitti.* La ley en efecto defiere la sucesion de un difunto a sus parientes mas proximos, y la defiere precisamente en el acto de fallecer el difunto, porque no quiere que los bienes de la herencia permanezcan sin dueño ni que su propiedad quede en suspenso indefinidamente. La defiere pues, no a los parientes futuros sino a los parientes que existan al tiempo de su apertura, esto es, al tiempo de la muerte del que la deja, a los parientes que sean capaces de recogerla en el acto, y no a los que puedan venir dentro de uno, de dos, de diez o de treinta años, aunque si existiesen al tiempo de la apertura tuvieran mejor derecho. Este principio nos viene ya desde la ley de las XII Tablas *Non omnibus simul agnatis*, dice Cayo, *dat lex XII Tabularum hereditatem sed his qui tunc cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo gradu sunt*, y se encuentra sancionado por Justiniano en sus Instituciones (*lib 3, tit 1, § 7*) *Cum autem quaeritur*, dice, *an quis suus haeres existere possit, eo tempore quaerendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse.* Vemosle tambien adoptado en el codigo civil de Francia, cuyo artículo 725 establece, que para suceder es necesario existir al tiempo de la apertura de la sucesion, y que es por tanto incapaz de suceder al que todavia no ha sido concebido. Sostienele por fin Antonio Gomez en el libro primero de sus Varias resoluciones, *cap 1, n 8 y 9*, afirmando que esta admitido por la opinion comun de los doctores.

Así pues, si Pedro renuncia la sucesion de su padre, o es escluido de ella por causa de indignidad, o es desheredado por justa causa, pasara la herencia, en defecto de otros hijos del difunto, a sus ascendientes o colaterales, y si Pedro

despues tiene un hijo que no estaba todavía concebido en la época de la apertura de la sucesion, no podra este hijo pedir los bienes hereditarios de su abuelo a las personas que los obtuvieron, aunque la linea de los descendientes, cualquiera que sea el grado en que estos se hallen, se prefiera siempre a los ascendientes y colaterales, porque aquellas personas obtuvieron los bienes de un modo irrevocable como parientes mas proximos que entonces eran del difunto, como parientes que la ley llamaba no para entregarles la herencia en deposito y administracion hasta que con el tiempo naciese un sucesor de mejor linea, sino para darsela de presente en plena propiedad sin condiciones y sin sujecion a la eventualidad de acontecimientos posteriores. Decir como dicen algunos autores, que el derecho que tienen los parientes mas proximos al abrirse la sucesion es un derecho incierto hasta tanto que se sepa con seguridad que no ha de haber otro pariente de igual o mayor prerogativa, o que aun cuando sea real y verdadero lo revocara y se lo quitara por el hecho de nacer un descendiente la ley que da a los descendientes las herencias de los ascendientes, es querer dar a todas o a casi todas las sucesiones el carácter de provisionales e interinas, hacer precaria la posesion de los bienes que las constituyen, revestir a los herederos de la incertidumbre de propietarios amovibles, ponerles siempre a la vista el peligro de quedar reducidos a la clase de herederos cesantes, contrariar el espíritu de las leyes que por dar estabilidad y firmeza a la propiedad han inventado el sistema de las prescripciones, y crear derechos en un tiempo para destruir derechos legalmente adquiridos en otro.

Mas, aunque los nietos y demas descendientes hayan sido concebidos despues de la muerte de los abuelos, pasan sin embargo a ellos todos aquellos derechos que pertenecen o estan acordados mas bien a la familia que a las personas. Tales son — 1º los honores, dignidades, patronatos y demas prerogativas y derechos que no forman propiamente la herencia — 2º los contratos en que son llamados por el abuelo sus descendientes, como el enfiteusis — 3º los retractos legitimos o de abolengo, pues si el abuelo deja entre sus bienes una casa que despues el hijo llegare a vender, podra retractarla o tomarla por el tanto el nieto, cualquiera que sea la época en que hubiere nacido — 4º la sustitucion fideicomisaria, en que el testador que tiene y gr dos hijos los instituye herederos con el gravamen de que a la muerte del uno se entregue la herencia al otro, pues si el que muere primero dejare hijos, estos escluiran al sustituto y se llevaran la herencia de su abuelo, aunque su concepcion haya sido posterior al fallecimiento del mismo abuelo que hizo la sustitucion, *ley 10, tit 4, Part 6* — 5º la sucesion en los mayorazgos, havan sido constituidos por contrato entre vivos o por ultima voluntad, pues si el fundador llama y gr al hijo, y despues al nieto, y asi a los demas descendientes por orden sucesivo, todos habran de ser admitidos por su orden al mayorazgo, aunque nacidos y concebidos despues de la muerte del fundador.

IX Se ha dicho al principio de este articulo, que no solo se llama *postumo* el que nace despues de la muerte de su padre, sino tambien, con un sentido mas estenso e impropio, el que nace despues que el padre hizo su ultimo testamento, segun sienta la *ley 20, tit 1, Part 6*.

El hijo que nace despues que su padre hizo testamento, rompe y rescinde el testamento si en el fue preterido u omitido, *ley 20, tit 1, Part 6*, con tal que reuna en su nacimiento las circunstancias de nacer vivo todo, de parto natural y legitimo, vivir veinte y cuatro horas, y ser bautizado, como exige la *ley 13 de Toro* para que no tenga la calidad de abortivo. Pero si naciere y *muere* tambien en vida de su padre, recobra *ipso jure* su antiguo valor y fuerza el testamento por el hecho de la muerte, y a sean estraños o

forzoso los herederos que en él hubieren sido instituidos porque habiendo sido valido en su principio el testamento vuelve naturalmente a su anterior estado, removida la causa de su quebrantamiento o rescision. Esta doctrina esta admitida comunmente por nuestros autores, como apoyada en la razon y en la *ley 12, tit 5, lib 28 del Digesto*, que dice asi: *Posthumus proteritus, vivo testatore natus descendit licet juris scrupulositate, nimisque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt.*

**HUJO DE BLADICION** El hijo habido de legitimo matrimonio.

**HUJO DE GANANCIA** El hijo habido de barragana o concubina. « El nombre de *barragana* se tomo (segun dice la *ley 1, tit 14, Part 4*) de dos palabras, de *barra* que es de arabigo, que quier tanto decir como *fuera*, *et gana* que es de ladino (de romance ó castellano antiguo) que es *por ganancia* et estas dos palabras ayuntadas en uno quieren tanto decir como ganancia que es fecha de fuera de mandamiento de eglezia et por ende los que nascen de tales mujeres son llamados hijos de ganancia. » Es pues hijo de ganancia, no cualquiera ilegítimo, sino precisamente el hijo natural, habido entre soltero y soltera que podian casarse entre si al tiempo de la concepcion, porque entre personas que tenían impedimento dirimento de matrimonio no podia haber barragana.

**HUJO DE FAMILIAS** El hijo que se halla bryo la potestad de su padre, *ley 12, tit 17 Part 4* Véase *Patria potestad*.

**HUJO EMANCIPADO** El hijo que ha salido de la potestad de su padre. Véase *Emancipacion*.

**HUJO ADOPTIVO** El que uno ha prohujado o recibido como hijo suyo, aunque naturalmente no lo sea, dandole ciertos derechos civiles de hijo legitimo, en la forma establecida por las leyes, *tit 16, Part 4* Véase *Adopcion, Adopcion especial y Arrogacion*.

**HUJOS DE TRAIIDORES** Segun la *ley 2, tit 2, Part 7, y la ley 1, tit 7, lib 12, Nov Rec*, todos los hijos varones del que hubiere hecho traicion al rey o al reino quedan notados con la mancha de infamia perpetua, de manera que nunca podian tener honra de caballeria, dignidad ni oficio publico, ni percibir herencias o mandas de parientes o estraños, y las hembras solo podran heredar hasta la cuarta parte de los bienes de su madre. « et esto es, dice la citada *ley 2*, porque non debe home asmar (juzgar o presumir) que las mujeres ficiessen traicion, nin se metiesen a esto tan de hjerro a ayudar a su padre como los varones, et por ende non deben sofrir tan grant pena como ellos. »

Mas ¿cuales son los hijos que por la traicion del padre incurren en dichas incapacidades? ¿Son los hijos nacidos antes del delito, o los nacidos despues? Si atendemos a las primeras palabras de la ley, parece que deben ser lo unos y otros, pues que la ley dice *todos sus hijos*, y si solo tomamos en cuenta las ultimas en que se da razon de la pena no parece que puedan entenderse sino los hijos que ya vivian al tiempo de la traicion y podian tener parte en ella. Sin embargo, la *ley 6, tit 27, Part 2*, despues de imponer la pena de muerte, confiscacion de bienes y demolicion de sus casas al que hiciese traicion con que el rey fuese muerto o preso, y de condenar a destierro perpetuo del reino a sus descendientes, declara que esta pena del destierro no debe aplicarse a los hijos protereados antes de la perpetracion del delito, sino solo a los que el traidor tuviere despues en casa de conservar la vida, dando por razon de esta diferencia que siempre que se impone pena a los hijos por razon del padre se ha de entender precisamente de los hijos habidos despues del crimen y no de los habidos antes, por-

que aquellos y no estos proceden de sangre inficionada « Pero esto non se entiende, dice la ley, de los hijos que hobieron fechos ante que errasen, mas de los que despues ficiosen sevendo ellos (los traidores) de tan malaventura a quo ficasen vivos, ca los derechos que tallaron los antiguos de España en todas las cosas alli do pusieron pena á los hijos por razon del padre, siempre guardaron esto que non hobiesen pena los que ante habian quel fecho malo ficiosen, fueras ende si fuesen aparceros con el en el yerro et a los otros que metieron en la pena fue porque los ficiera despues que estaba poroñado del mal que habie fecho temendose que en alguna razon recudirian a aquello mismo » En vista de tal declaracion, parece que no debe haber duda de que los hijos que por causa de la traicion del padre incurrin en las incapacidades a que los condena la ley 2, tit 2, Part 7, son los habidos despues del crimen y no los concebidos antes

Las dos citadas leyes, esto es, la 2, tit 2, Part 7, y la 6, tit 27, Part 2, presentan todavia algunas dificultades y cuestiones con respecto al punto que nos ocupa, pero es ya escusado ventilarlas y decidir las. En el dia ninguna pena es trascendental a la familia del que la sufre, ni aun en los delitos de traicion o lesa majestad segun el art. 30b (que rige como decreto) de la Const. de 1812, y ademas esta abolida la confiscacion por el art. 10 de la Const. de 1837 de manera que han cesado ya tanto la infamia de que ántes quedaban cubiertos los hijos de los traidores, como la incapacidad que temian para heredar y recibir legados. Este principio de que *nadie sino el delincuente debe haber pena* estaba ya consignado en la ley 8, tit 1, lib 6 del Fuero Juzgo « Todos los pecados, dice, deven seguir a aquellos que los hacen. Asi que el padre non sea penado por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la mujer por el marido, ni el marido por la mujer, ni el hermano por el hermano, ni el vizino por el vizino, ni el pariente por el pariente non sea penado, mas aquel solo sea penado que fizier el pecado y el pecado muera con él, e sus hijos ni sus herederos non sean tenudos por ende » *Omnia crimina, dice el texto latino, suos sequuntur auctores, nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec fratres pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo, ullam calamitatem per timeant sed ille solus iudicetur culpabilis qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur, nec successoris, aut heredes pro facto patris autum periculum per timeant*

**HIJUELA.** El instrumento que se da a cada uno de los herederos del difunto por donde constan los bienes y alhajas que les tocan en la particion de la herencia, — y tambien el conjunto de los mismos bienes que tocan a cada uno

**HIPOTECA.** Un derecho real que tiene el acreedor sobre los bienes del deudor que se hallan sujetos por la ley o por el hombre al pago o cumplimiento de la deuda u obligacion contratada — el contrato por el cual uno sujeta sus bienes para seguridad del cumplimiento de una obligacion propia o ajena — y la misma cosa o finca que queda ligada y afecta a la seguridad y saneamiento del credito u obligacion

*Naturaleza de la hipoteca, causas que la producen, y bienes sobre que puede recaer*

I La voz *hipoteca* es griega y gramaticalmente significa *composicion* en el sentido que esta palabra tiene en latin, segun el cual *suppositio* es la accion y efecto de poner una cosa de lado de otra o de sustituirla o añadirla o empeñarla, de suerte que atendiendo a la etimologia, *hipoteca* viene a ser lo mismo que cosa puesta para apoyar, sostener u asegurar una obligacion *Hypotheca autem* (dice Calvino en su *Juricon prae*) *ut ipsa suppositionem significat, ut sit res*

*obligationi supposita, nihilque in eo verbo, nisi suppositio et nexus intelligatur*

La *hipoteca* se confunde a voces con la *prenda* no solo por los autores sino tambien por las leyes, y asi es que el codigo de las Partidas trata promiscuamente de una y otra designandolas con el nombre comun de *peños* en el titulo 13 de la Partida quinta. La *hipoteca* y la *prenda* convienen con efecto — 1º en que ambas se conceden a los acreedores para mayor seguridad de sus credits — 2º en que asi la una como la otra consisten en un derecho sobre una cosa para el caso de que no se pague la deuda — 3º en que ninguna de las dos puede empeñarse a otro acreedor en perjuicio del primero. Pero se diferencian — 1º en que la *prenda* consiste regularmente en cosas muebles y la *hipoteca* en raices — 2º en que la *hipoteca* se constituye sin tradicion, pues que la cosa hipotecada queda en poder del deudor, y la *prenda* no se constituye sino mediante tradicion, pues que la cosa empeñada o prometida en *prenda* se entrega al acreedor *Inter pignus et hypothecam differentia est* (dice Justiniano, *Inst lib 4, tit 6, § 7*), *nam pignoris appellatione cum proprium contineri dicimus quæ simul etiam traditum creditori, maxime si mobilis sit at eam quæ sine traditione nuda conventionio tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus*

II La hipoteca en su principal acepcion es, como hemos dicho, un derecho *real*, un derecho en la cosa sobre que se constituye, *ius in re*, un derecho que consiste en dar facultad al acreedor para hacer vendi, en defecto de pago, la cosa hipotecada y ser satisfecho del precio que produzca con prelación a los acreedores de inferior grado. Mas no es este derecho, como lo es el de las servidumbres, una fraccion o desmembramiento de la propiedad, pues que no limita ni restringe su goce en manos del propietario es solamente un derecho real en cuanto la finca hipotecada esta ligada y afecta al pago del credito que la sigue como si fuera su sombra, como cosa que va pegada o inherente a ella

III La hipoteca es indivisible por su *naturaleza*, y subsiste por entero en todos, en cada uno y en cada parte de los bienes gravados *Tota est in toto, et tota in qualibet parte*. Asi es que si tu falleces dejando una o mas fincas hipotecadas por cien mil reales, y uno de tus herederos pagare su cuota de esta deuda, quodara no obstante obligada por el resto la finca o la parte de finca que este mismo heredero tuviere, como igualmente la que tuviere cualquiera de los otros. Pero esta indivisibilidad no es de *esencia* de la hipoteca, sino solo de su *naturaleza*, y asi es que pueden modificarse mas o menos sus efectos mediante pacto o convencion

IV Como la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre las cosas del deudor para seguridad de la deuda u obligacion, se sigue de aqui necesariamente, que para que haya hipoteca es indispensable que haya tambien una obligacion o deuda, pues que sin cosa principal no puede haber cosa accesoria de suerte que si la obligacion para cuya seguridad se dio la hipoteca, o no existia o se rescindio o anulo por cualquiera causa, no tuvo tampoco lugar la hipoteca o dejo de existir al mismo tiempo, y todas las demas causas que estingan la obligacion principal, producirán igualmente la estincion de la hipoteca. Mas por el contrario, puede muy bien no haber sido valida la hipoteca desde su principio, o haber sido remtida despues, o dejar de existir por otras causas, y ser valida sin embargo la obligacion principal y sobrevivir á la hipoteca, por que si lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, puede al contrario concibirse un principal sin accesorio

V La hipoteca puede tener lugar por cualquiera especie de deuda u obligacion, como y gr por la que resulta del mutuo o prestamo, de la dote, de la compra y venta, del arrendamiento o del mandato, asi por la obligacion pura y

simple o absoluta como por la condicional o a dia cierto, con tal que se cumpla la condicion, asi por la que se contrae de presente o se contrae ya en tiempo pasado como por la que se piensa contraer en lo futuro, no solo por todo el importe de la deuda sino tambien por una parte de ella, tanto por la obligacion civil como por la meramente natural, y en fin sea por la propia o por la ajena *Res hypothecae dari posse sciendum est* (dice la ley 1, tit 4, lib 20 del Dig) *pro quacumque obligatione, sine multa pecunia datus, sive dos, sive emptio vel venditio contra alium, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum, et sine pura est obligatio, vel in diem, vel sub conditione, et sive in presenti contractu, sive etiam in aedat sed et futura obligationis nomine dari possunt, sed et non (solum) solvenda omnis pecunia causa, verum etiam de parte eius, et vel pro civili obligatione vel honoraria, vel tantum naturalis sed (et) in condicionali obligatione non alius obligantur, nisi conditio existat* *Dati est autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena* Vease Fianza, § 1, ns V, VI, VII, VIII, IX y X, cuyas doctrinas pueden aplicarse respectivamente a la hipoteca, bien cuando el hipotecante sea el mismo deudor, ó bien cuando lo sea un tercero

Quando se constituye hipoteca por una deuda u obligacion que no se ha contraido todavia, por que se piensa contraer mas adelante, no se entenciera constituida la hipoteca sino desde el dia en que realmente se contraiga la deuda, porque sin que haya deuda no puede haber hipoteca Asi es que si hoy dia primero de abril te hipoteco mi casa por una cantidad de cien mil reales que has de prestarme, y tu no me haces el prestamo hasta el primero de agosto siguiente, no tendra lugar la hipoteca sino desde el primero de agosto, porque no habiendo yo empezado a ser tu deudor por dicha cantidad sino desde el dia en que la he recibido, no ha podido nacer antes la hipoteca, pues que no hay hipoteca sin deuda Siguese de aqui, que para que sea valida la hipoteca, es necesario que yo haya sido dueño de la casa, no precisamente al tiempo de obligarla, sino al tiempo de contraer la deuda por la entrega y recibo del dine o porque como tu no has podido adquirir el derecho de hipoteca sino en este ultimo tiempo, es claro sea necesario y bastante que en este mismo tiempo me haya pertenecido la casa para poder trasferrirte el mencionado derecho

En la hipoteca por deuda u obligacion condicional, es necesario distinguir entre la condicion suspensiva y la condicion resolutoria Si la condicion es resolutoria, no suspende el efecto de la obligacion ni el de la hipoteca, pero en caso de cumplirse o realizarse, todo se invalida o anula, tanto la obligacion como la hipoteca, y las cosas vuelven al mismo estado que teman antes — Si la condicion es suspensiva, de la clase de aquellas que se llaman *casuales* o *mixtas*, deja suspenso el efecto de la hipoteca y el de la obligacion principal, pero cuando llega a cumplirse, tiene efecto retroactivo tanto para la una como para la otra y si falta, falta igualmente para las dos Los mismos principios deben aplicarse al caso de que la condicion suspensiva pertenezca a la clase de aquellas que se llaman *potestativas*, con tal que lo sea de parte del acreedor, pero si es puramente potestativa de parte del deudor, ni la hipoteca ni la obligacion principal tendran efecto ni por consiguiente grado sino desde el dia en que realmente haya obligacion

Supongamos que yo he hecho una estipulacion bajo una condicion suspensiva, habiendoseme dado hipoteca para seguridad, que pendiente la condicion ha hipotecado el deudor pura y simplemente la misma cosa a otra persona que le ha prestado dinero, y que por fin se cumple la condicion de que mi estipulacion dependia ¿quien debe tener la prioridad de hipoteca, yo o el otro acreedor prestamista? El jurisconsulto Gayo, que se hace esta pregunta en la ley 11,

tit 4, lib 20 del Digesto, la decide a favor mio, porque en virtud del efecto retroactivo de la condicion me encuentro realmente revestido de la calidad de primer acreedor, como si mi estipulacion hubiera sido pura y simple *cum enim semel conditio existit, proinde habetur ac si illo tempore quo stipulatio inchoata est, sine conditione facta esset*

Por el contrario, en el principio de esta misma ley 11 supone Gayo que tu y yo nos hemos convenido en que si yo te presto cierta cantidad me quedara hipotecada tu casa, que despues hipotecas tu la misma casa a otra persona que te hace un prestamo, y que por fin yo te entrego la cantidad que te habia prometido, y decido en este caso, del mismo modo que Papiniano en la ley 1, § 1 del mismo titulo, que no soy yo quien tiene la prioridad de hipoteca, aunque mi convencion sea la primera, sino el que te entrego primero real y efectivamente la suma que te prestaba La razon es muy sencilla no hay hipoteca sin obligacion principal, ni contrato de prestamo sin entrega de dinero u otra cosa fungible, y como estaba en tu arbitrio recibir o no recibir la cantidad que yo te habia prometido, tu obligacion de restituirmela dependia, como la hipoteca, de una condicion puramente potestativa de tu parte de manera que ni la obligacion ni la hipoteca han existido sino desde el dia en que yo te entregue la prometida cantidad, y no te la entregue sino despues de haberte hecho su prestamo el otro acreedor El cumplimiento de la condicion « si yo te presto tal cantidad » no puede tener efecto retroactivo al dia de la convencion como en los casos ordinarios, pues que esto seria suponer que ha habido obligacion procedente de un prestamo en un tiempo en que nada se habia prestado *Quandiu mansit in potestate eius qui pignus constituit* (dice Cuyacio ad leg 1, § 1, tit 4, lib 20, Dig) *ut res non esset pignori nexa non potest videri pignus constitutum* Toda esta doctrina es muy conforme a las leyes 27 y 52, tit 13, Part 3, que efectivamente resuelven estas cuestiones en el mismo sentido

Mas esta ultima decision debe restringirse con todo cuidado al caso de que la condicion sea puramente potestativa de parte del deudor, de modo que solo dependa de su voluntad y no de la de otra persona interesada Prometes tu, por ejemplo, cierta dote a una mujer que se casa obligase el esposo en el contrato matrimonial a restituirtela despues de la muerte de su mujer, y para seguridad de su obligacion te hipoteca todos sus bienes algun tiempo despues constituye hipoteca sobre ellos a favor de un tercero, y posteriormente le entregas tu la dote que habias prometido Dueño era por cierto el marido de no recibirla ¿dirase por eso que tu hipoteca solo debe tener efecto desde el dia en que el marido recibio la dote? No, responde la ley 1, tit 4, lib 20 del Digesto, porque no podia el marido recusar la prometida dote cuando tu se la entregabas, sin dejar indotada a su mujer y sin privarla del derecho que tiene, durante el matrimonio, de aprovecharse con el de los frutos e intereses de los bienes dotales La misma disposicion ha sido adoptada por la ley 33, tit 13, Part 3

VI La hipoteca es un derecho excepcional que no debe su fuerza sino al derecho civil, y asi no tiene lugar sino en los casos y segun las formas establecidas por la ley

Las causas que producen la hipoteca son — 1º la ley sola en ciertos casos, — 2º el mandamiento judicial en cuyo virtud se pone al acreedor en posesion de todos o de parte de los bienes del deudor por falta de respuesta o por causa de rebeldia o contumacia o por sentencia dada en juicio contradictorio, — 3º la convencion de las partes revestida de las solemnidades que el derecho exige Asi es que la hipoteca es legal, judicial o convencional Hipoteca legal es la que resulta unicamente de la ley, porque la ley la establece por si misma en favor de ciertos creditos, como por ejemplo

plo en favor del crédito dotal de la mujer, para cuya seguridad y restitución declara obligados los bienes del marido. Hipoteca *judicial* es la que se constituye por el juez en los bienes del deudor, poniendo al acreedor en posesión de ellos por la vía de asentamiento o por la vía ejecutiva, para que se reintegre de su crédito. Hipoteca *convencional* es la que se constituye por voluntad de las partes cuando una de ellas empeña u obliga sus bienes a la otra para satisfacción de la deuda o cumplimiento del contrato. *Ley 1, tit 13, Part 3*. Luego hablaremos de cada especie de hipoteca, después de haber tratado de las cosas que son hipotecables.

VII La constitución de hipoteca es una especie de enajenación, como que efectivamente el acreedor tiene el derecho de hacer vender la cosa hipotecada para reintegrarse del crédito que no le fuese satisfecho por el deudor, y así puede hipotecarse todo lo que puede venderse. *Quod emptio venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest*, ley 9, tit 1, lib 20 del Digesto. Son pues capaces de hipoteca todas las cosas que están en el comercio, de cualquier naturaleza que sean, muebles o raíces, corporales o incorporales, presentes o futuras, propias o ajenas. Las *muebles*, como las alhajas y los ganados, las *raíces*, como los edificios y los campos, las *corporales*, esto es, las raíces y las muebles, las *incorporales*, como los oficios públicos, los censos, las herencias, las rentas constituidas, los derechos reales que uno tiene sobre alguna cosa, los créditos y acciones que uno tiene contra otro, la parte que uno tiene en alguna sociedad o compañía, y en fin todo derecho que da o puede dar alguna utilidad pecuniaria. Las *presentes*, esto es, las cosas que el deudor piensa tiene en su poder al tiempo de constituirse la hipoteca. Las *futuras*, esto es, las que el deudor piensa tener en lo sucesivo, como los frutos de sus ganados, de sus árboles o de sus tierras, o las que trata de comprar o espera adquirir por cualquier título. Las *propias*, esto es, las que pertenecen al deudor en el acto o le pertenecieron en adelante y finalmente las *ajenas*, con tal que medie el consentimiento o la ratificación del dueño. *Leyes 2, 3 y 9, tit 13, Part 3, ley 64, tit 18, Part 3, con las glosas de Gregorio Lopez, y ley 5, tit 16, lib 10, Nov Res, n IV*.

Como según los principios sentados es capaz de hipoteca todo derecho que uno tiene en la cosa de otro, y la misma hipoteca es un derecho de esta clase, se sigue necesariamente que puede también hipotecarse el mismo derecho de hipoteca. *Pignus pignori dari potest*, dice un axioma romano. Así es que puede el acreedor hipotecario dar hipoteca a su acreedor sobre la hipoteca que el tiene en los bienes de su deudor, pero luego que lo fuere satisfecho su crédito, queda estinguido el derecho de hipoteca con respecto a los dos acreedores, porque el primero no pudo dar al segundo su derecho sino mientras el lo tuviese, y habrá por lo tanto de pagarle su deuda o darle otra hipoteca que sea suficiente para cubrirla. *Ley 1, tit 24, lib 8 del Código, y ley 53, tit 13, Part 3*.

Son igualmente susceptibles de hipoteca los derechos enfiteuticos, y aun puede el enfiteuta empeñar o hipotecar la cosa enfiteutica sin noticia del dueño directo, *ley 29, tit 8, Part 3*.

¿Pueden hipotecarse las servidumbres reales? Parece claro que no puede hipotecarse un derecho de servidumbre como objeto principal, pues para que la hipoteca diese seguridad al acreedor sería necesario que en defecto de pago se pudiese vender la servidumbre y transferirla a favor de otro predio, y como toda servidumbre se ha establecido en favor de un predio determinado, no puede transferirse a otro sin que se destruya la misma servidumbre y se forme otra nueva. Es cierto que el que hipoteca un predio que tiene una servidumbre a su favor, hipoteca por esto mismo hecho

la servidumbre, pero no la hipoteca como cosa principal sino como accesorio, y si luego el deudor la remite, puede el acreedor hacerla continuar para que no se disminuya el valor de la hipoteca, a fin de que el predio pueda ser vendido en su caso con la servidumbre de que goza, como dispone formalmente la ley 16, tit 1, lib 8 del Digesto. Sin embargo, el derecho romano, que desecha la hipoteca de las servidumbres urbanas por la ley 11, tit 1, lib 20 del Digesto, admite luego por la siguiente ley 12 la de las rusticas. Dijo el jurisconsulto Pomponio que si tu acreedor tiene un predio rustico vecino al tuyo, puedes hacer con él la convención de que mientras no le pagues la deuda gozará sobre tu predio de tal o tal servidumbre, como por ejemplo del derecho de senda, camino, carretera o acueducto, y que si no le pagas dentro de cierto día podrá vender la servidumbre a otro propietario que sea también vecino. El derecho romano adoptó esta decisión *propter utilitatem contententium*, formando con ella la citada ley 12 tit 1, lib 20 del Digesto. El código de las Partidas, hablando de la enajenación de las servidumbres, establece que ni las rusticas ni las urbanas pueden venderse ni enajenarse sin el predio a cuyo favor están constituidas, a no ser que lo consienta el dueño del predio sirviente, o que la servidumbre sea de agua para regar. «Debiendo servidumbre una casa o una heredad a otra, dice la ley 12, tit 31, Part 3, el señor de la servidumbre non la puede vender nin enajenar apartadamente sin aquella cosa a quien pertenesce, porque la servidumbre es de tal natura que non se puede apartar de la heredad o del edificio en que es puesta, fueras ende si lo consentiese el señor cuyo heredamiento o casa sirve, o si la servidumbre fuese de agua que naciese de una heredad et regase a otra, ca este a quien debiesen tal servidumbre, bien podrie el agua que fuese ya venida a su heredad otorgarla a otro para regar campo o viña que fuese cerca de aquella suya.» Siendo así pues que el que no puede enajenar una cosa no la puede tampoco hipotecar, es consiguiente que el dueño del predio dominante no puede hipotecar sin el mismo predio la servidumbre que lo está afecta, sea rustica o urbana, que podrá, no obstante, hipotecarla, cualquiera que ella sea, con el consentimiento del dueño del predio sirviente, y que aun sin este consentimiento podrá hipotecar la servidumbre de agua de riego.

¿Que diremos de las servidumbres personales, esto es, del usufructo, del uso y de la habitación? En el derecho de usufructo hay que considerar dos cosas. 1ª el derecho mismo inherente a la persona del usufructuario, 2ª la utilidad o emolumento de este derecho que consiste en la percepción de los frutos de la cosa sujeta al usufructo. El derecho mismo de usufructo no puede pasar de una persona a otra, *personam usufructuarii non egreditur*, y así no puede enajenarse ni por consiguiente darse en hipoteca de modo que si se enajenase por el usufructuario, quedaría estinguido y se consolidaría o reuniría con la propiedad, como dispone la ley 24, tit 31, Part 3. Mas la utilidad o emolumento puede separarse de la persona del usufructuario en quien reside el derecho, y es capaz por lo tanto de enajenación y de hipoteca. El extraño a quien se vende o cede el usufructo no goza de él como de un derecho subsistente en su persona, sino a nombre y solo durante la vida de aquel en cuya cabeza se ha constituido. El usufructuario conserva siempre el derecho, y el comprador o cesionario no adquiere mas que su ejercicio. Véase la ley 1, tit 24, lib 8 del Digesto, y la glosa 5ª de Gregorio Lopez a la ley 24, tit 31 de la Partida 3ª. Puede hipotecarse pues el usufructo mientras dure, y cuando el usufructo cese, cesará igualmente la hipoteca. Sin embargo, no cesará la hipoteca por la adquisición que el usufructuario hiciere de la propiedad, aunque se estingue entonces el usufructo por la consolidación, pues

ademas de que no debe pender de la voluntad del usufructuario el hacer insorta por su hecho la hipoteca que ha dado, no es precisamente el derecho mismo de usufructo el que se ha hipotecado, sino el derecho o la facultad de percibir los frutos, derecho y facultad que subsiste siempre en la persona del deudor que ha adquirido la propiedad. En el caso de que por abuso u otra razon se quitaren al usufructuario los bienes en que goza del usufructo, dandosele en su lugar cierta cantidad que supla sus emolumentos, el acreedor que tenia hipoteca sobre el usufructo debe ser preferido en cuanto a dicha cantidad a los demas acreedores, pues que la cantidad representa en tal caso el derecho de usufructo en mano del usufructuario. Si el usufructo se vendiere á instancia de los acreedores del usufructuario, no cesara por la muerte del comprador, sino por la del usufructuario expropiado, o por las mismas causas que dobian producir su estincion, y el comprador trasmitira a sus herederos el disfrute por el tiempo que restase, si llegare a morir antes que la estincion se verifique.

Asi como puede hipotecarse el usufructo, puede tambien hipotecarse la nuda propiedad, y si habiendose hipotecado la nuda propiedad, se consolidare o reunire despues el usufructo con ella, quiere el derecho romano que se estiende por el mismo hecho la hipoteca al usufructo y cubra la plena propiedad, asi como la hipoteca constituida sobre un fundo se estiende al aluvion que lo aumenta. Si *nuda proprietatis pignori data sit* (dice la ley 18, § 1, tit 7, lib 13 del Digesto), *usufructus, qui postea acciverit, pignori erit eadem causa est alluvionis*. La ley 15, tit 13, Part 3, dispone que se ostienda la hipoteca al aluvion y a cualesquiera mejoras que el fundo hipotecado tuviera por obra del deudor o del acreedor o de la naturaleza o por aventura o de otra guisa, y Gregorio Lopez en su glosa 6 opina sin duda que segun dicha ley la hipoteca sobre la nuda propiedad se estiende tambien al usufructo que le acciere por consolidacion, considerando en este caso la accesion del usufructo como una mejora que sobreviene a la nuda propiedad del fundo, pues que para desahollar la ley de Partida que nos ocupa aduce la ley *si convenerit, § si nuda, D de pign act*, que es precisamente la citada ley 18, § 1, tit 7, lib 13 del Digesto.

El derecho de uso, aunque tiene mucha afinidad con el de usufructo, no es por su naturaleza susceptible de hipoteca, porque como su ejercicio esta circunscrito y limitado á las necesidades del usuario, no puede pasarse a otra persona ni presenta por consiguiente seguridad alguna al acreedor. Sin embargo, como este derecho puede tener mas o menos estension segun el titulo que lo constituya o segun la cosa sobre que recae, no habria razon para que el usuario no pudiese hipotecarlo en el caso de que se le permitiera por el titulo su libre enajenacion o en el de que el uso absorbiese todos los frutos de la cosa sobre que estuviere constituido, porque entonces este derecho se asemeja en todo o casi en todo al derecho de usufructo. Con respecto al que tiene el derecho y no precisamente el uso de *habitation*, parece natural que pudiendo como puede darla en arriendo, podra tambien hipotecarla del mismo modo que el usufructo.

Si tuvieres accion reivindicatoria sobre un fundo poseido por un tercero, como por ejemplo si Pablo ha vendido y entregado a Juan un fundo que te pertenece, podras hipotecar este fundo aun antes de ejercer tu accion y de poseerlo, porque o el fundo te pertenece o no te pertenece en este ultimo caso la hipoteca quedara sin efecto, como lo quedaria en el de que la hubieses constituido sobre una finca que poseas y que no era tuya, de suerte que el hecho de la posesion es indiferente, y en el primero, la hipoteca tendra todo su efecto, pues que se ha constituido sobre una cosa

que te pertenece realmente al tiempo de la constitucion. Lo cierto es que la hipoteca tacita que tiene la mujer sobre todos tus bienes para seguridad de su dote, se estiende a este fundo, aunque poseido por un tercero, y asi puede muy bien tener lugar en el igualmente la hipoteca convencional o la judicial.

Lo mismo debe decirse de la hipoteca que constituyeres sobre un predio que vendiste a carta de gracia o con el pacto de redencion o retracto, llamado de *retrovendendo*, pues que puedes recobrarlo restituyendo el precio, y el que tiene accion para recobrar una cosa se entiende que tiene la misma cosa. *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*. El pacto de redencion o retracto no supone precisamente la idea de una reventa o retrocesion de la propiedad, sino mas bien la idea de una condicion resolutoria potestativa de parte del vendedor y el hecho del retracto, aunque de parte del comprador se llama vulgarmente *retroventa*, no es propriamente una nueva compra-venta, ni puede decirse que el vendedor vuelve a comprar la cosa que habia vendido, sino que la recobra simplemente del comprador en virtud del derecho que se habia reservado, y asi es que no esta sujeto al derecho de alcabala segun se ha declarado por real orden de 11 de julio de 1833. El vendedor, en efecto, no se privo absolutamente de la cosa que no vendia sino bajo cierta condicion, continuo siendo propietario de ella, y en el acto del rescate o redencion la recupera franca y libre de todas las cargas e hipotecas con que tal vez la hubiese gravado el comprador. Es pues evidente, que puede hipotecar el predio asi vendido, aun antes de ejercer el retracto.

En igual caso se encuentra el que tiene accion para recobrar un predio por causa de dolo, error, lesion enorme o violencia que padecio en el contrato en que lo habia enajenado, y podra con efecto hipotecarlo aun antes de intentar la accion rescisoria. La accion para rescindir o anular la enajenacion supone que el enajenante tiene a lo menos una propiedad condicional en la cosa enajenada, esto es, bajo la condicion de que se pronuncie la rescision o se declare la nulidad, y no hay duda que el propietario condicional de una cosa puede hipotecarla.

Tambien el donatario, el legatario o el comprador de un predio bajo condicion suspensiva, puede hipotecar el predio asi donado, legado o comprado, mientras este suspensa la condicion, pero la hipoteca quedara subordinada en sus efectos al cumplimiento de la condicion de que depende la donacion, el legado o la compra. Y no solo el legatario, por ejemplo, podra hipotecar el legado condicional, sino tambien el heredero gravado con la obligacion de su entrega con la diferencia de que el legatario podra hipotecarlo para el caso de que se cumpla la condicion, y el heredero para el caso de que no se cumpla, *sub contraria conditione*, de manera que una de las dos hipotecas dejara de surtir su efecto, segun que se realice o que falte la condicion puesta al legado. Supongamos por otra parte que el legatario y el heredero estan casados si la condicion del legado se verifica, como en tal caso se entendera que el legatario ha sido dueño de la cosa legada desde la muerte del testador, pues que la condicion asi en los legados como en los contratos tiene efecto retroactivo, se entendera tambien que la mujer ha tenido igualmente desde la muerte del testador en la misma cosa legada su hipoteca tacita por razon de la dote, y reciprocamente, si fallare la condicion, la mujer del heredero gravado habia tenido del mismo modo su hipoteca tacita en la propia cosa legada desde la misma epoca de suerte que, estando pendiente la condicion ambas mujeres tendran hipoteca, la una bajo condicion suspensiva, y la otra bajo condicion resolutoria. El mismo sera pues el resultado en el caso de dos hipotecas convencionales consti-

tuidas por los maridos : lo que en una hipótesis hace la ley, lo puede hacer en la otra la convencion.

Las acciones del Banco español de San Fernando son por fin susceptibles de hipoteca, pues que segun la real cédula de ereccion de dicho establecimiento de 9 de julio de 1729 se pueden vender, ceder, donar y enajenar de cualquiera otro modo. Véase *Accion del Banco español*.

La hipoteca una vez constituida subsiste siempre hasta la estincion de la deuda, aunque la cosa hipotecada mude de estado, ora empeorándose, como si fuese un edificio y se derribase, ora mejorándose, como si fuese tierra calva y se plantase de árboles ó majuelos; *ley 15, tit. 19, Part. 5*. Y no solamente subsiste, á pesar de dicha mudanza de estado, sino que se estiende á todas las mejoras que á la cosa hipotecada sobrevinieren por obra del deudor ó del acreedor ó de la naturaleza ó por aventura ó accidente; *ley 15, tit. 15, Part. 5*. Así pues, la hipoteca establecida sobre un campo ó terreno se estenderá á los aumentos ó mejoras que el terreno ó campo recibiere por aluvion, por avulsion, por agregacion de isla formada en rio próximo ó de álveo que el rio dejare seco, por plantacion de viña ó de olivar ó de otro arbolado cualquiera, por desmonte ó descuaje, por desecacion de laguna ó lago que en él hubiese, por establecimiento de jardin ó de prado, y por construccion de edificios ú otras obras, pero no por la reunion de otro campo, aunque los dos se comprendan dentro de un cercado; y la hipoteca establecida sobre un edificio se estenderá á los aumentos que en el mismo edificio se hicieren, ya añadiendo nuevas obras á los costados, ya abriendo escavaciones y construyendo debajo de tierra, ya principalmente levantando uno ó mas pisos sobre los que ya tuviere, mas no á una casa ú otra fábrica que el deudor adquiriese y agregase á la hipotecada. Si las mejoras se hubiesen hecho por un tercer poseedor de buena fe, no quedarian sujetas á la hipoteca; y el acreedor no podria en su caso despojarle de la cosa hipotecada sin abonarle primero los gastos que manifiestamente apareciesen hechos en beneficio de ella, como dispone la *ley 15, tit. 15, Part. 5*. La hipoteca por fin se estiende tambien á los frutos que se hallaren pendientes al tiempo que el deudor en su caso enajenase á un tercero la cosa hipotecada, pero no á los frutos sembrados ó producidos despues que la cosa estuviese en poder del tercero; *ley 16, tit. 15, Part. 5*.

Hemos visto hasta aquí cuáles son las cosas que pueden hipotecarse; y ahora nos resta saber cuáles son las que se consideran ó entienden incapaces de hipoteca.

Como la constitucion de hipoteca es una especie de enajenacion, sígnese de aquí que no pueden hipotecarse las cosas que no pueden venderse: *Em rem quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest*; *ley 1, tit. 5, lib. 20 del Dig.* « Toda cosa, dice la *ley 8, tit. 19, lib. 5 del Fuero Real*, que es defendida por la ley que non se pueda vender, defendemos que non se pueda empennar, et aquellas cosas que se pueden vender aquellas se pueden empennar. » Así pues, no son capaces de hipoteca las cosas que se dicen de derecho divino, esto es, las sagradas, religiosas y santas, á no ser como accesorias ó adherentes á otra cosa susceptible de enajenacion, ni tampoco las meramente profanas ó temporales de la Iglesia, sino en caso de grave necesidad, como por cubrir una deuda de la misma Iglesia que no puede pagarse de otro modo, por redimir de cautiverio á los parroquianos que no tuvieren con que librarse, por dar de comer á los pobres en tiempo de hambre, por aumentar el cementerio, y por utilidad de la Iglesia ó del reino; *ley 5, tit. 15, Part. 5, ley 15, tit. 5, Part. 5, leyes del tit. 14, Part. 1, leyes 1, 2, 3 y 4, tit. 5, lib. 1, Nov. Rec.* y otras que se citan en el artículo *Bienes eclesiásticos*: — ni las cosas de uso público, como plazas, calles, ejidos, caminos, rios, puertos y fuentes

que son del Estado ó de algun concejo; *ley 15, tit. 5, Part. 5*: — ni los mármoles y demas piedras ó maderas ú otras cualesquiera cosas que forman parte de algun edificio ó están colocadas en él para su seguridad ó su adorno; *ley 16, tit. 5, Part. 5*: — ni las cosas pertenecientes á mayazgo, fideicomiso ú otra vinculacion de que el poseedor no pudiere disponer libremente: — ni las que el deudor necesita indispensablemente para el cultivo de la tierra ó para el ejercicio de su industria, como los animales y aperos de labranzas, y los instrumentos de las artes, fábricas, oficios, manufacturas ú otras cualesquiera profesiones; *ley 4, tit. 15, Part. 5, y leyes 15, 16, 18 y 19, tit. 31, lib. 11, Nov. Rec.*, como se verá en el *Juicio ejecutivo*: — ni tampoco se entienden hipotecadas las cosas que fueren necesarias al deudor para el servicio diario de su persona y de las de su mujer, hijos y familia, como vestidos, camas, utensilios de cocina y otras semejantes; *ley 5, tit. 15, Part. 5*: — ni las cosas que no fuesen propias del deudor, á no ser que el dueño haya dado su consentimiento para la constitucion de hipoteca, ó la haya aprobado ó confirmado despues, ó estando presente haya callado sin contradecirla, *ley 9, d. tit. 15, Part. 5*; ó sabiéndola entónces ó posteriormente haya guardado silencio en fraude del acreedor, *ley 2, tit. 16, lib. 8 del Cód.*; ó ignorándola llegare luego á ser heredero del hipotecante, pues la hipoteca en tal caso toma por equidad la fuerza que antes no tenia, *ley 22, tit. 1, lib. 20 del Dig.*; ó á no ser que el deudor adquiriere despues la cosa ajena que habia hipotecado, *ley 41, tit. 7, lib. 15 del Dig.*, y *ley 7, tit. 15, Part. 5*; ó que la haya hipotecado bajo la condicion ó para el caso de que llegare á ser suya, *ley 16, § 7, tit. 1, lib. 20 del Dig.*: — ni pueden por fin hipotecarse las cosas que ya estuviesen especialmente hipotecadas, á no ser que intervenga el consentimiento del primer acreedor, ó que sean de tanto valor que basten para pagar sus créditos á los dos; pues de otro modo tendrá el deudor que hipotecar otra cosa á favor del segundo, é incurrirá ademas en pena arbitraria por el estelionato ó engaño, como sucede igualmente en el caso de que hubiese hipotecado una cosa ajena ignorando esta circunstancia el acreedor; *ley 10, tit. 15, Part. 5*.

#### *Diversas especies de hipoteca.*

VIII. Si consideramos la hipoteca solamente en cuanto á sus efectos, podremos decir que no hay mas que una sola hipoteca sin especies; porque los efectos de toda hipoteca se reducen á dar al acreedor el derecho de hacer vender los bienes hipotecados y ser pagado del producto de su venta. Mas si la consideramos con respecto al modo de constituirse, distinguiremos tres especies; á saber, hipoteca *legal*, hipoteca *judicial*, é hipoteca *convencional*; porque ó bien se constituye por la ley, ó bien por el juez, ó bien por convencion, como ya se ha indicado mas arriba, segun la *ley 1, tit. 15, Part. 5*. Puede ser ademas *general* ó *especial*, segun que se constituye sobre todos los bienes del deudor ó solamente sobre algunos bienes señalados; como tambien *principal* ó *subsidiaria*, segun que se establezca en primer lugar para la seguridad del crédito ó solo en segundo lugar por si no fuese suficiente la primera; y por fin puede ser *simple* ó *privilegiada*, segun que su preferencia dependa del tiempo ó fecha de su constitucion ó de la causa por que se ha constituido.

Algunos suelen dividir la hipoteca en necesaria y voluntaria; y luego subdividen la necesaria en tácita y expresa, y la voluntaria en pública y privada. Hipoteca *necesaria* es la que se constituye sin intervencion del deudor, y *voluntaria* la que se constituye con su consentimiento. La necesaria ó bien es *tácita*, que es la que se constituye por la ley; ó bien es *expresa*, que es la que se constituye por el juez. La voluntaria ó bien es *pública*, que es la que se forma por escritura

otorgada ante escribano público ó por documento escrito de mano del deudor y firmado por tres testigos; ó bien es *privada*, que es la que se establece entre los mismos interesados sin escritura pública y sin la concurrencia y firma de tres testigos. Todavía subdividen la privada en testamentaria y convencional, llamando *testamentaria* á la que se constituye en testamento, y *convencional* á la que se constituye por contrato celebrado entre las partes sin asistencia de escribano. Pero en el día no hay hipoteca *privada*, porque no puede constituirse entre los interesados obligacion ni accion hipotecaria sino en escritura otorgada ante escribano público y registrada en el oficio de hipotecas, como luego veremos; y por otra parte aparece de las definiciones que la calificación de *necesaria* se aplica á la hipoteca legal y á la judicial, la de *tácita* á la legal, y la de *expresa* á la judicial: de suerte que en último resultado la division fundamental de la hipoteca es en legal, judicial y convencional, que tambien se llama expresa por contraposicion á la legal ó tácita.

### Hipoteca legal.

IX. Todas las hipotecas son legales en cuanto la ley arregla la forma y condiciones de su establecimiento; pero se llama particularmente *legal* la que sin estipulacion de las partes ni condenacion judicial resulta precisamente de la ley. Dásele tambien el epíteto de *tácita*, porque no es el juez ni el deudor quien la constituye, sino solo la fuerza de la ley que tiene dispuesta preventivamente esta garantia á favor de personas que necesitan de su especial proteccion ó que presentan una razon conocida de preferencia en el pago de sus créditos. La ley en efecto constituye hipoteca por sí misma, ó porque así lo exige la calidad de las personas, ó porque interesa en ello el bien del Estado, ó por razon de algun beneficio notable que una persona hizo á otra, ó porque presume que tal es ó debe ser la voluntad del deudor.

X. Por razon de la calidad de las personas, constituye la ley hipoteca tácita:

1º. A favor del marido en los bienes de la mujer ó de cualquiera otra persona que por ella le prometiese dote, desde que se hace la promesa hasta su cumplimiento; *ley 23, tit. 13, Part. 3.* Entre el marido y la mujer y su familia deben reinar la armonía y la confianza, y no seria conforme á este principio que el marido tomase las precauciones severas de un acreedor ordinario para asegurarse la entrega de la dote prometida: por eso la ley, mirando por el interes del marido y del matrimonio, ha otorgado esta hipoteca en los bienes del promitente, con el fin de que la dote no sea ilusoria.

2º. A favor de la mujer en los bienes del marido para la repeticion de la dote y de los bienes parafernales que le hubiere entregado; *ley 23, tit. 13, Part. 3, y ley 17, tit. 11, Part. 4*; como igualmente para la de los bienes que la mujer adquiriere durante el matrimonio por donacion, herencia ó legado, con tal que el marido se hubiese obligado á tenerlos como aumento de dote, *Nov. 97, cap. 2, y doctr. de nuestros prácticos*; y asimismo para la de las arras ó donacion *propter nuptias* que el marido al tiempo del casamiento le hubiese ofrecido, *ley 29, C. de jure dotium, Gregorio Lopez en la glosa 2 de la ley 23, tit. 13, Part. 3, y Antonio Gomez en la ley 53 de Toro, n. 41 y 78*; y últimamente por razon de los alimentos que el marido debe darle, *Gutierrez, de matrim., part. 1, cap. 43, n. 3, y Curia Filip., lib. 2, cap. 3, n. 26*: mas no para la repeticion de los bienes parafernales que la mujer hubiese administrado por sí ó por otro sin entregarlos al marido; ni tampoco para la de la mitad que le corresponde de los bienes gananciales, *Cosarr. lib. 1, Variar., cap. 7, n. 5, y Castillo, de alim., cap. 66.* Disputase entre los autores sobre el tiempo en que

empieza la hipoteca por razon de la dote: unos le dan efecto desde el dia de la celebracion del matrimonio, háyase entregado la dote ántes ó despues; otros desde el dia de la entrega; y no falta quien se lo confiera desde el dia de la promesa. Si examinamos con atencion las palabras de la ley, parece que no compete esta hipoteca sino desde que el marido recibe la dote prometida: « Los bienes del marido, dice la *ley 23, tit. 13, Part. 3*, fincan obligados á la mujer por razon de la dote que rescibió con ella. » Todavía está mas clara y terminante la *ley 17, tit. 11, Part. 4*, en la cual se sienta que « luego que el marido recibe la dote ó las otras cosas que son llamadas *parafernales* son obligados por ende á la mujer todos sus bienes, tambien los que ha estonce, como los que avrá despues. » La hipoteca por razon de las arras ó donacion *propter nuptias* empieza desde la celebracion del matrimonio, *ley 29, C. de jur. dotium*; á no ser que se constituyeren despues, en cuyo caso empezaria la hipoteca en el dia de la constitucion de las arras; *Cur. Filip., lib. 2, com. terr., cap. 3, núm. 27.* Véase *Dote* en la parte que trata de su restitution, *Bienes extradotales, y Arras* en su quinta acepcion.

3º. A favor de los hijos: 1º. en los bienes paternos para el recobro de los bienes adventicios, cuya administracion y usufructo pertenece al padre durante la patria potestad; y si habiendo enajenado el padre los bienes adventicios no fueren suficientes los paternos para su reintegro, podrán los hijos demandarlos á cualquier poseedor á quien se hubiesen enajenado, con tal empero que renuncien la herencia paterna, pues siendo herederos están obligados á la observancia y cumplimiento de todos los contratos legitimos de su padre, *ley 24, tit. 13, Part. 3*: 2º. en los bienes del padre ó de la madre que habiendo enviudado pasó á segundas nupcias, para la repeticion de los bienes que el mismo padre ó madre que se volvió á casar hubiese adquirido del cónyuge difunto por testamento ó ab intestato, legado, arras, donacion, fideicomiso ú otro titulo lucrativo, y cuyo propiedad debió reservar en dicho caso para los hijos del primer matrimonio, *ley 26, tit. 13, Part. 3, con las glosas de Greg. Lopez, y ley 7, tit. 4, lib. 10, Nov. Rec.*, como se verá con mas estension en el artículo *Bienes reservables ó reservaticios*: 3º. en los bienes de la madre viuda que teniendo su tutela se volviere á casar, y en los del nuevo marido su padrastro, para la responsabilidad de la tutela, hasta que proveyéndoseles de nuevo tutor ó curador se les rinda cuenta de la administracion de los bienes de su pertenencia, *ley 26, tit. 13, Part. 3*; y así para librarse de esta obligacion el que trata de casarse con una viuda tutora de sus hijos, debe hacer que se les nombre curador y dé cuenta con pago de sus bienes ántes de pasar á contraer el matrimonio.

4º. A favor de los huérfanos menores de veinte y cinco años y de sus herederos: 1º. en los bienes de sus tutores y curadores y en los de los fiadores y herederos de los mismos tutores y curadores por las resultas de la tutela ó curatela, desde el dia en que la tomaron ó debieron tomarla hasta que les hubiesen dado cuentas con entrega de bienes y pago del alcance líquido y de los perjuicios causados por mala versacion, *ley 23, tit. 13, Part. 3, y ley 21, tit. 16, Part. 6, con las glosas de Gregorio Lopez*: 2º. en las cosas compradas para sí por los tutores ó curadores con dinero de los menores; pues aunque es regla general que la cosa comprada con dinero ajeno debe ser del que hizo la compra en su nombre y no del dueño del dinero, tienen aquí los menores en el citado caso la eleccion de tomar la cosa comprada ó bien el dinero, segun quisieren; *ley 49, tit. 3, y ley 30, tit. 13, Part. 3.* Véase *Tutor*.

5º. A favor de los huérfanos menores de calorce años en las cosas que otro les hubiere comprado de los bienes que les pertenecen, hasta que se les pague todo el precio; *ley 23, tit. 13, Part. 3.*

XI. Por causa del interes comun ó del Estado concede la ley hipoteca tácita :

1º. Al fisco : 1º. en las cosas que se venden ó permutan , por razon de la alcabala, *ley 9, tit. 9, lib. 1, Nov. Rec.* : 2º. en todos los bienes de los que le debieren algun tributo hasta que lo satisfagan, *ley 25, tit. 13, Part. 5* : 3º. en todos los bienes de los que le estuvieren obligados por contrato desde que lo hicieron hasta que lo cumplan, *ley 25, tit. 13, Part. 5* : 4º. en todos los de los recaudadores y tesoreros de las rentas y derechos que le pertenecen, y en los de los administradores de las cosas de su propiedad , por las resultas de la gestión de sus encargos ú oficios, *ley 6, tit. 19, lib. 3 del Fuero Real, y leyes 23 y 25, tit. 13, Part. 5. Véase Fisco.*

2º. A la Iglesia por los diezmos en las cosas de que se deben, *ley 26, tit. 20, Part. 1.* Los autores sientan comunmente que compete tambien hipoteca tácita á los pueblos en los bienes de los que manejan los caudales públicos, por los alcances que les resultaren ; y á los hospitales y demas establecimientos de caridad ó beneficencia en los bienes de sus administradores, por razon asimismo de la administracion ; porque sin duda consideran á los administradores de los caudales de los pueblos y establecimientos de beneficencia como revestidos de la calidad de tutores ó curadores, y á los establecimientos y pueblos como pupilos ó menores de edad.

XII. Por causa del beneficio notable que el acreedor hizo al deudor, tiene constituida hipoteca legal á su favor :

1º. El que prestó dinero para construir de nuevo ó bien para reparar una casa ú otro edificio, en la misma casa ó edificio construido ó reparado, para el recobro de su préstamo, debiendo hacerse constar la inversion del dinero en dicho objeto ; *ley 26, tit. 13, Part. 5, con la glosa 10 de Gregorio Lopez.*

2º. El que prestó dinero para guarnecer (esto es, proveer y equipar) ó para reparar ó componer alguna nave, en la misma nave reparada ó equipada y provista, hasta reintegrarse de sus desembolsos ; *ley 26, tit. 13, Part. 5. Véase Nave.*

3º. Segun algunos autores, el que prestó dinero para comprar algun oficio, tiene tácita hipoteca en él. Mas ¿ porqué no habria de decirse lo mismo del que da dinero para la adquisicion de cualquiera otra cosa ?

XIII. Por la presunta voluntad del deudor, se concede hipoteca tácita por la ley :

1º. Al dueño de la casa alquilada en todas las cosas propias del inquilino que se encontraren en ella, así para el cobro del alquiler que se le debiere, como para la indemnizacion de los perjuicios ó deterioros causados por el inquilino en la misma casa ; *ley 9, tit. 17, lib. 3 del Fuero Real, y ley 8, tit. 8, Part. 5. Véase Arrendatario, § 1, de la obligacion de pagar el precio.*

2º. Al dueño de las heredades, como viñas, huertas, olivares ú otros predios rústicos arrendados, en las cosas que el arrendatario hubiese introducido en ellos con noticia del mismo dueño, y en los frutos allí nacidos, no solo para el cobro de la renta ó precio del arrendamiento, sino tambien para el reintegro de los daños ó deterioros ; *ley 8, tit. 8, Part. 5, y ley 6, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec. Véase Arrendatario.*

3º. Al legatario en los bienes del testador para la repetition de la cosa ó cantidad legada ; *ley 26, tit. 13, Part. 5.* Esta hipoteca empieza desde el dia del fallecimiento del testador, y no desde el dia en que dejó la manda.

4º. A los acreedores, por razon de operaciones mercantiles, de la mujer casada, mayor de veinte años, que ejerciere el comercio con autorizacion expresa de su marido, dada en escritura pública, ó bien estando separada legiti-

mamente de su cohabitacion : con la diferencia de que en el primer caso están obligados á las resultas del tráfico los bienes dotaies de la mercadera, y todos los derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad social ; y en el segundo lo estarán solamente los bienes de que la mujer tuviese la propiedad, usufructo y administracion cuando se dedicó al comercio, los dotales que se le restituyan por sentencia legal, y los que adquiriera posteriormente ; *art. 5 del cód. de com. Véase Comercio.*

XIV. El acreedor que tiene hipoteca legal sobre todos los bienes del deudor, puede ejercer su derecho así en los bienes presentes como en los futuros, sin distincion alguna de muebles, raices, semovientes, derechos y acciones ; esto es, así en los bienes que ya pertenecian al deudor al tiempo en que empezó la hipoteca, como en los que adquirió despues y en los que adquiriere hasta el entero cumplimiento de la obligacion principal. Así es que la accion hipotecaria de la mujer, por ejemplo, sobre los bienes de su marido para el recobro de la dote y de los bienes parafernales que al mismo marido se hubiesen entregado, no solo puede ejercerse sobre los bienes que ya tenia el marido al tiempo del casamiento ó del recibo de la dote ó de la paraferna, y sobre los que adquirió durante el matrimonio, sino tambien sobre los que adquiriere despues de disuelto por cualquiera causa el enlace conyugal hasta que se verifique la completa restitution de la dote y de los citados bienes parafernales ; y del mismo modo la accion de los menores puede ejercerse sobre los bienes que tenia el tutor ó curador en la época de la aceptacion de la tutela ó curaduria, sobre los que adquirió mientras duraba su cargo, y sobre los que adquiriere despues de acabado este mientras fuese deudor de alguna cosa por resultas de su administracion. Es cierto que algunos autores escluyen de la obligacion hipotecaria los bienes que el marido ó el tutor adquieren despues de disuelto el matrimonio ó de acabada la tutela ; pero esta opinion no puede sostenerse como contraria que es á la letra de las leyes, las cuales constituyen la hipoteca tácita en los bienes que tuviere el deudor desde que contrae la obligacion hasta que la cumple y paga lo que debe : « Los bienes de los guardadores de los huérfanos que son menores de veinte y cinco años, dice la ley 23, tit. 13, Part. 5, fincan todavia obligados á aquellos que los tienen en guarda, desde el dia que comenzaron á usar del oficio de la guarda fasta que les den cuenta et recabdo de las cosas que tovieren dellos. » « Luego que el marido recibe la dote ó las otras cosas que son llamadas paraferna, dice la ley 17, tit. 11, Part. 5, son obligados por ende á la mujer todos sus bienes, tambien los que ha estonce como los que habrá despues. » « Todos los bienes de la madre (que siendo tutora se vuelve á casar), dice la ley 26, tit. 13, Part. 5, fincan entonces obligados á sus hijos, et aun los de aquel con quien casa, fasta que hayan guardador, et que les den cuenta et recabdo de lo suyo. » Otras leyes pudieran acumularse todavia en apoyo de esta verdad, pero bastan las citadas para ejemplo, y aun es suficiente la ley 5 de dicho tit. 13, Part. 5, segun la cual quiere el legislador que en la hipoteca general queden comprendidas indefinidamente todas las cosas que tuviere el deudor al tiempo de la constitucion de la hipoteca y las que adquiriere despues, sin limitacion de épocas y sin otra escepcion que la de las cosas que no pueden hipotecarse.

El que no tiene hipoteca legal sino en ciertas cosas determinadas, es claro que solo en ellas puede ejercer su derecho hipotecario y no en las demas que poseyere el deudor, aunque las hipotecadas se pierdan ó la hipoteca se desvanezca ó estinga de otro modo. Así es que el que prestó alguna cantidad para reparar una casa ó embarcacion, no puede perseguir como acreedor hipotecario sino la casa ó embarcacion reparada con su dinero ; y si la casa se destruye ó la nave

se pierde en un naufragio, solo tendrá contra su deudor accion personal para el reintegro del préstamo que le hizo.

La hipoteca tácita ó legal no tiene menos fuerza y eficacia que la espresa ó convencional: y así los acreedores que se presenten en concurso con cualquiera de ellas no deben ser preferidos porque su hipoteca sea tácita ó espresa, sino ó bien por razon de la prioridad de la constitucion de su hipoteca, ó bien por razon del privilegio de que gozaren, como mas abajo veremos.

### Hipoteca judicial.

XV. Hipoteca judicial es, como ya se ha indicado, la que se constituye por el juez en los bienes del deudor, poniendo al acreedor en posesion de ellos por la via de asentamiento ó por la via ejecutiva, para que quede satisfecho de su crédito. « La segunda manera de peños, dice la ley 1, tit. 15, Part. 5, es cuando los juzgadores mandan entregar á alguna de las partes en los bienes de su contendor por mengua de respuesta ó por razon de rebeldia ó por juicio que es dado entre ellos ó por cumplir el mandamiento del rey. »

Esta hipoteca se dice *necesaria*, porque no se constituye por voluntad del deudor sino por mandamiento ó apremio judicial; y tambien se dice *espresa*, porque se constituye por palabras espresas y positivas del juez, á diferencia de la hipoteca *tácita* que por solo la fuerza de la ley se halla establecida á favor de ciertos acreedores, como ya hemos visto mas arriba.

XVI. Dividese esta hipoteca en pretoria y propiamente judicial. Pretoria es cuando el juez, por contumacia del demandado que no quiere comparecer ó responder á la demanda, pone en posesion de todos ó de parte de sus bienes al acreedor para que pueda reintegrarse de su crédito, segun se establece en las leyes del tit. 8, Part. 3, y del tit. 5, lib. 11, Nov. Rec. Llámase *pretoria*, no porque la dió el pretor entre los Romanos, pues que podian darla cualesquiera jueces, sino porque fué introducida por el derecho pretorio, esto es, por el edicto, segun resulta de la ley 26, tit. 7, lib. 13, de la ley 2, tit. 4, lib. 42 del Digesto, y de las leyes 1 y 2, tit. 22, lib. 8 del Código. Véase *Asentamiento*. Propiamente *judicial* es cuando el juez, despues de haber seguido los trámites del juicio ejecutivo en virtud de instrumento que trae aparejada ejecucion, pone al acreedor en posesion de los bienes del deudor que han sido ejecutados.

XVII. Entre la hipoteca *judicial* en su acepcion mas estensa y la *convencional* ó voluntaria hay la diferencia importantísima de que en la primera no queda obligada la cosa hasta que se entrega al acreedor, y en la segunda queda obligada luego que se otorga la hipoteca por las partes aunque la cosa no se entregue: de suerte que si el deudor hipotecare á otro la cosa que el juez ha mandado entregar, pero no ha entregado todavía al acreedor demandante, será preferido en ella el acreedor á quien la ha hipotecado el mismo deudor, y no el acreedor á quien la ha mandado entregar el juez, ley 13, tit. 13, Part. 5. Resulta de aquí que la hipoteca *judicial* no se constituye precisamente por el mandamiento que espide el juez para que la cosa demandada se entregue al acreedor que la demanda ó ejecuta, sino por el mandamiento, y la tradicion, como se dispone tambien en el derecho romano: *Sciendum est*, dice la ley 26, tit. 7, lib. 13 del Digesto, *ubi jussu magistratus pignus constituitur, non aliis constitui, nisi ventum fuerit in possessionem*. Todavía quiere Gregorio Lopez en la glosa 1<sup>a</sup> de dicha ley 13, tit. 13, Part. 5, que la posesion haya de darse y tomarse real y verdaderamente por actos positivos, no siendo suficiente la tradicion llamada de *larga mano*, que es la que se hace demostrando desde léjos la cosa que está á la vista. — Siguese igualmente de dicha ley 13, tit. 13,

Part. 5, que la hipoteca judicial mas propiamente puede llamarse *prenda* que *hipoteca*, pues que no se constituye sino mediando entrega de la cosa, como la *prenda*, al paso que la hipoteca se constituye sin entrega. Deduce de la misma ley el autor de la Curia Filipica (*lib. 2, com. terrest., cap. 3, n. 36*) la doctrina general de que si despues de vendida una cosa y antes de entregada al comprador, la hipotecar el vendedor á un tercero, será válida la hipoteca y preferido por ella el tercero al comprador en la cosa así vendida ó hipotecada.

XVIII. La hipoteca *pretoria* no produce á favor del acreedor demandante los mismos efectos que la hipoteca propiamente *judicial*. En la hipoteca *pretoria*, por el hecho de darse al acreedor demandante la posesion de los bienes de su deudor se entiende que se da igualmente á todos los demas acreedores, de suerte que por esta posesion no adquiere aquel ningun derecho de preferencia sobre los otros: *Cum unus ex creditoribus*, dice la ley 12, tit. 5, lib. 42 del Digesto, *postulat in bona debitoris se mitti, quaeritur utrum solus is qui petit, possidere potest? an cum unus petit, et praetor permisit, omnibus creditoribus aditus sit? et commodius dicitur, cum praetor permiserit, non tam personae solius pretentis quam creditoribus et in rem permissum videri. Nec videtur libera persona acquirere alii: quia nec sibi quidquam acquirit, cui praetor permittit; sed aliquid ex ordine facit: et ideo caeteris quoque prodest*. La misma disposicion se contiene y esplica con mas estension en la ley 10, tit. 72, lib. 7 del Código. Mas en la hipoteca propiamente *judicial*, el acreedor que ejecuta primero y entra en la posesion de los bienes del deudor es preferido á los demas, por razon de la prioridad de tiempo en la constitucion de su hipoteca: *Si et jure judicatum*, dice la ley 10, tit. 4, lib. 20 del Digesto, *et pignus in causa judicati ex auctoritate ejus qui jubere potuit, captum est, privilegiis temporis fore potiorum haeredem ejus, in cujus persona pignus constitutum est*. Cree Fornerio que en esta ley se quiere decir, que el acreedor ó el heredero del acreedor á quien el deudor ha constituido hipoteca debe ser preferido al acreedor que despues ha sido puesto por el juez en posesion de los bienes; pero aunque esta preferencia sea verdadera en el fondo, no la estima Cuyacio objeto de esta ley, en la cual segun él no se trata sino de asentar que el acreedor ó el heredero del acreedor que ha sido puesto por sentencia judicial en posesion de los bienes del deudor ejecutado tiene mejor derecho por la prioridad de tiempo en los bienes así ocupados que los demas acreedores que concurren despues. Como quiera que fuere, la ley 2, tit. 18, lib. 8 del Código, está bien clara y terminante á favor de la preferencia que obtiene el acreedor á quien primero se da la posesion de los bienes del deudor en el juicio ejecutivo: *Si decreto praetoris,.... dice, in possessionem fundi.... prius inducti estis, quam adversarius vester in causam judicati ejusdem fundi pignus occupaverit; jussu ejus, qui jure sententiam exequabatur, tempore potiores estis: nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet jure, qui praevenit tempore*. Estas disposiciones de las leyes romanas han sido adoptadas por nuestros escritores, y especialmente por Gregorio Lopez en la glosa 3 de la ley 13, tit. 13, Part. 5, por Gutierrez, de *juram. confirm.*, part. 1, cap. 46, y por la Curia Filipica, lib. 2, com. terr., cap. 3, n. 37.

Mas aunque la hipoteca *pretoria* no produzca á favor del acreedor demandante los mismos efectos que la hipoteca propiamente *judicial*, pues que la posesion de los bienes en la primera no le confiere derecho hipotecario con prelacion á los demas acreedores entónces existentes, al paso que se lo confiere con dicha prelacion en la segunda; sin embargo, no por eso la hipoteca *pretoria* es de menos fuerza que la *judicial* con respecto al acreedor que la ha obtenido, si es

que tratamos de comparar una con otra. De aquí es que concurrendo por una parte hipoteca *pretoria* y por otra parte hipoteca *judicial*, se habrá de dar preferencia á cualquiera de las dos que fuese primera en tiempo, esto es, á la que antes se hubiese ganado, ora sea la *judicial*, ora la *pretoria*, por la regla general de que no habiendo privilegio se ha de atender en las hipotecas á la mayor antigüedad de su constitucion. *Prævalet jure, qui prævalet tempore. Etiam in pignortibus prætoriiis, qui prior tempore prior est jure*, como dice la glosa de dicha ley 2, tit. 18, lib. 8 del Código de Justiniano.

Es por último de advertir que ni la hipoteca *pretoria* ni la *judicial* estinguen ni modifican la fuerza de las hipotecas *tácitas* ó *convencionales* que anteriormente se hallaren constituidas.

### *Hipoteca convencional.*

XIX. La hipoteca *convencional* es la que se establece por voluntad de las partes, obligando el deudor todos sus bienes ó parte de ellos para seguridad del pago de la deuda ó del cumplimiento del contrato; ó como dice la ley 1, tit. 13, Part. 5, es la que hacen los homes entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos á otros por razon de alguna cosa que deban dar ó hacer. Dicese tambien *voluntaria*, porque en ella solo interviene el consentimiento del que la constituye, y no la fuerza de la ley ni el apremio del juez; y asimismo se denomina *espresa*, porque se establece por palabras ciertas y positivas del deudor, á diferencia de la *tácita* que proviene solo de la ley sin que los interesados la estipulen.

XX. Puede hipotecar sus bienes el que puede enajenarlos; y por el contrario, el que no puede enajenarlos, no puede tampoco hipotecarlos; ley 7, tit. 13, Part. 5, y ley 10, tit. 33, Part. 7. La razon es que la constitucion de hipoteca se considera como una especie de enajenacion por causa del derecho que se da al acreedor sobre los bienes hipotecados. Véase *Enajenacion*.

El dueño de los bienes que tiene su libre administracion puede hipotecarlos por sí mismo ó por medio de su apoderado ó procurador, dándole al efecto poder especial; ley 11, § 7. tit. 7, lib. 13 del Digesto. Mas si el procurador ó apoderado constituyere por sí la hipoteca sin mandato ni noticia del dueño de los bienes, no adquirirá el acreedor derecho hipotecario sobre ellos, aunque bien podrá demandar al dueño la cantidad prestada á su apoderado é invertida en su utilidad; ley 8, tit. 13, Part. 5. Será, no obstante, válida la constitucion de hipoteca, si el dueño la aprobare ó confirmare despues, ó estando presente callare sin contradecirla; ley 9, tit. 13, Part. 5, ó sabiéndola entónces ó posteriormente guardare silencio en fraude del acreedor; ley 2, tit. 16, lib. 8 del Código.

Como solo puede hipotecar sus bienes el que puede traspasar ó otro su dominio, es claro que no basta ser dueño de los bienes para poder hipotecarlos, sino que ademas se necesita tener la libre administracion de ellos y capacidad para enajenarlos.

Así que, el hijo de familias no puede hipotecar los bienes de su *peculio adventicio*, cuya administracion y usufructo pertenece al padre, y ménos los del *peculio profecticio* en que el padre tiene la plena propiedad; pero podrá hipotecar los de sus *peculios castrense* y *cuasi castrense*, teniendo edad competente para obligarse. Véase *Patria potestad*. El hijo emancipado no podrá hipotecar sus bienes raíces sino con decreto del juez hasta que cumpla la edad de veinte y cinco años, pues aunque tiene la administracion de ellos, no tiene todavia capacidad para enajenarlos; pero si fuere comerciante con las circunstancias que exige el código de comercio, podrá hipotecar libremente los bienes inmuebles de su

pertenencia para seguridad de las obligaciones mercantiles que contraiga. Véase *Comerciante* y *Emancipacion*.

El menor que no ha llegado á la edad de la pubertad no puede hipotecar sus bienes; y ni aun su tutor podrá hipotecar los inmuebles sino por causa justa y con decreto del juez; ley 8, tit. 13, Part. 5. Mas habiendo cumplido dicha edad, podrá hipotecarlos con otorgamiento de su curador si le tuviere, ó por sí mismo si no le tuviere, debiendo siempre intervenir la autoridad del juez. Véase *Menor*.

Tampoco la mujer casada puede constituir hipoteca ni aun sobre los bienes parafernales cuya administracion se ha reservado, sino con licencia de su marido, pues que sin ella no puede celebrar contratos. Véase *Mujer casada*. Pero si fuere mayor de veinte años, y ejerciere el comercio con autorizacion espresa de su marido, dada en la escritura pública, ó bien estando separada legitimamente de su cohabitacion, podrá hipotecar para seguridad de las obligaciones que contraiga como comerciante, en el primer caso sus bienes propios, los dotaes, y todos los derechos que ambos cónyuges tengan en la comunidad social, pero no los bienes inmuebles propios del marido, ni los que pertenezcan en comun á ambos cónyuges, á no ser que en la escritura de autorizacion se le hubiese dado espresamente esta facultad; y en el segundo caso, solamente los bienes de que ella tuviese la propiedad, usufructo y administracion cuando se dedicó al comercio, los dotaes que se le restituyan por sentencia legal, y los que adquiera posteriormente. Véase *Comerciante*.

XXI. El que sobre los bienes que quiere hipotecar solo tiene un derecho suspendido por una condicion ó resoluble en cierto caso ó sujeto á rescision, no puede constituir en ellos sino una hipoteca subordinada á las mismas condiciones ó á la misma rescision; porque nadie puede dar á otro mas derechos que los que él tiene; y cuando se resuelve ó estingue el derecho del que da, se estingue ó resuelve tambien el derecho del que recibe: *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; resolutio jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Así es que el legatario á quien se ha hecho un legado condicional, no puede constituir sobre la cosa legada sino una hipoteca sujeta en sus efectos al cumplimiento de la condicion. Así es tambien que el donatario á quien por hallarte tú sin prole le has hecho donacion de parte de tus bienes, no puede constituir sobre los bienes donados sino una hipoteca que se resuelva y estinga en el caso de que te sobrevenga algun hijo, pues que en el mismo caso se resuelve y estingue en fuerza de la ley el derecho que tenia en ellos. Así es por fin que el que posee los bienes de una herencia en virtud de un testamento inoficioso, no podrá constituir sobre ellos sino una hipoteca que habrá de quedar rescindida al mismo tiempo que se rescinda el testamento por la querrela de inoficiosidad; y lo mismo ha de decirse del que tratare de hipotecar alguna finca que el que se la enajenó pudiere reclamar por causa de dolo, error, lesion enorme ó violencia. Véase el n. VII de este mismo artículo.

XXII. Puede constituirse la hipoteca *convencional* pura y absolutamente ó bajo condicion, y hasta cierto tiempo ó desde cierto tiempo determinado; ley 17, tit. 13, Part. 5; como igualmente por cualquiera especie de contrato, deuda ú obligacion; y así en el título mismo de la obligacion ó contrato principal que la motiva como en un acto ó instrumento anterior ó posterior. Véase el n. V.

La ley 6, tit. 13, Part. 5, dice que puede constituirse la hipoteca *convencional* por los mismos interesados hallándose presentes, ora estén los bienes en el mismo lugar ó en otro, ó bien por apoderados ó por cartas, con escritura pública ó sin ella. Pero segun las leyes 1, 2 y 5, tit. 16, lib. 10, Nov. Rec., no puede ya constituirse hipoteca *convencional*

sino en escritura otorgada ante escribano público; y aun para que surta sus efectos es indispensable que la escritura que la contiene sea registrada dentro de cierto término en el oficio de hipotecas del partido judicial ó distrito en que se hallen sitos los bienes que se hipotecan: de modo que si se omite el registro ó toma de razon, no se tendrán por hipotecados los bienes, y el contrato ú obligacion principal para cuya seguridad se constituia la hipoteca, quedará en la clase de meramente personal. Véase *Oficio de hipotecas*.

De esta misma disposicion de las leyes del tít. 16, lib. 10, Nov. Rec., se deduce que ya no basta empeñar y entregar al acreedor el título ó escritura de propiedad para que la finca se entienda hipotecada, como queria la ley 14, tít. 13, Part. 5; pues que es necesario para que haya constitucion de hipoteca el otorgamiento de escritura pública y su toma de razon en el registro.

Pueden los contrayentes poner en la constitucion de hipoteca los pactos y condiciones que les acomodaren, con tal que no sean contrarias á las leyes ni á las buenas costumbres. Está prohibido por la ley y es por consiguiente nulo el pacto de que no pagándose la deuda dentro de cierto término adquiriera el acreedor la propiedad de la cosa hipotecada como si la hubiese comprado por la cantidad del préstamo; pero está permitido el pacto de que no pagándose la deuda en el plazo asignado sea del acreedor la cosa hipotecada como vendida y comprada en aquel precio que estimasen hombres buenos; ley 41, tít. 5, y ley 12, tít. 13, Part. 5.

**XXIII.** Puede uno hipotecar, ó bien en general todos sus bienes, ó bien en especial algunos bienes determinados; ley 7, tít. 19, lib. 3 del *Fuero Real*, y leyes 5 y 6, tít. 13, Part. 5.

Quando uno hipoteca *generalmente* todos sus bienes, se entienden hipotecados no solamente los bienes presentes, esto es, los que tiene al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, esto es, los que adquiriera despues hasta el cumplimiento de la obligacion principal que hubiere contraido; ley 7, tít. 19, lib. 3 del *Fuero Real*, y ley 5, tít. 13, Part. 5. Mas no quedan comprendidos en la hipoteca general los bienes que no pueden hipotecarse, ó que se supone que nadie quiere hipotecar, segun lo dicho en el núm. VII.

Aunque por el hecho de hipotecar una persona todos sus bienes, se entienden hipotecados no solamente los muebles é inmuebles, sino tambien los derechos, créditos y acciones, pues que tambien las acciones, créditos y derechos se comprenden bajo la denominacion general de bienes; opinan sin embargo los autores, que si la hipoteca se constituye precisamente en los bienes muebles é inmuebles, no quedan entonces comprendidos en ella los derechos, acciones y créditos, porque las cosas incorpóras forman tercera especie de bienes, distinta de las de muebles y raices; bien que si alguno hipoteca *todós* sus bienes y luego añade los muebles é inmuebles, no creen algunos autores que por la mencion de estas especies deba restringirse la locucion general que las precede. Ha de tenerse ademas muy presente, que los derechos, créditos y acciones pueden reducirse y se reducen efectivamente en muchos casos á la clase de muebles é inmuebles segun su objeto. Véase *Accion, Bienes muebles y Bienes inmuebles*.

El que hipoteca sus bienes habidos y por haber, deja tambien hipotecado por el mismo hecho el dinero que tomare prestado de un tercero; de modo que aunque al tiempo de hacerse uso del derecho de hipoteca existan las mismas monedas prestadas, será preferido en ellas al prestamista el acreedor hipotecario anterior en tiempo, porque en el mutuo pasa el dinero al dominio del mutuuario. Así lo sienta la Curia Filipica, citando á varios autores, en el lib. 2, com. terr., cap. 3, n. 7; y así lo resuelve formalmente la ley 54,

tít. 1, lib. 20 del Digesto: *Creditor, dice, pignori acceptit à debitore quiddam in bonis habet, habiturusve esset: quæsitum est, an corpora pecuniæ, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis ejus facta sint, obligata creditori pignoris esse cœperint? Respondit (Scaevola) cœpisse. Quid? añade en sus notas Gothofredo, in illis corporibus pecuniæ quæ extat, num præfertur is qui eam dedit? an potius anterior creditor? an potius simul admittentur? Anterior præfertur: nam jure singulari depositioribus id privilegii datum est.*

Quando uno hipoteca *especialmente* alguna cosa determinada, solo esta cosa y no otra queda hipotecada con sus frutos y acciones; ley 7, tít. 19, lib. 3 del *Fuero Real*, y leyes 15 y 16, tít. 13, Part. 5. Véase el n. VII, hácia el fin.

La cosa especialmente hipotecada debe designarse ó por su nombre, ó por señales, ó por medida ó de otro cualquier modo, para que se sepa ciertamente cuál es y no se confunda con otra; ley 6, tít. 13, Part. 5. Gregorio Lopez añade que esta designacion conviene al deudor y al acreedor; al deudor, para que si al fundo hipotecado se agregare despues otro nuevo formándose de los dos uno solo, no quede comprendido el nuevo en la hipoteca por no haberse expresado bien los linderos ó la cabida del antiguo; y al acreedor, para que si, por el contrario, del fundo hipotecado se hicieren dos, no pueda perderse el derecho de hipoteca en uno de ellos.

No solo puede el deudor hipotecar *especialmente* una de sus fincas, sino dos ó mas y aun todas las que posea, con tal que nominalmente las designe y espresé una por una; en cuyo caso todas y cada una de ellas quedarán sujetas á la hipoteca especial.

El que hipoteca su tienda ó almacén, se entiende que los hipoteca con las mercaderías que hay en ellos siendo propias del deudor; y si vendiere las mercaderías y las reemplazare con otras, se entienden hipotecadas las que se encontraren al tiempo de hacerse uso del derecho de hipoteca; ley 34, tít. 1, lib. 20 del Digesto.

La ley 3, tít. 16, lib. 10, Nov. Rec., que para evitar estelionatos, pleitos y perjuicios á los compradores é interesados en los bienes hipotecados, quiere que en el oficio de hipotecas se tome razon de todos los instrumentos que contengan especial y espresa hipoteca ó gravámen de bienes raices; dispone al mismo tiempo, que los bienes gravados ó hipotecados se designen con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos; que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entiendan tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipotecas; y que omitiéndose el registro y toma de razon, no hagan fe los instrumentos en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas ni para que se entiendan gravadas las fincas. Siguese de estas disposiciones: 1º. que la ley considera de poco ó de ningun efecto la hipoteca general que el deudor constituyere por convencion sobre todos sus bienes; pues que por el hecho de no exigir su registro, supone que no puede haber estelionatos, ni pleitos ni perjuicios entre compradores é interesados en los bienes generalmente hipotecados, y que estos por lo tanto no llevan consigo el gravámen de la hipoteca cuando pasan á terceras manos; y vemos efectivamente en la práctica que los tribunales apenas toman en cuenta la constitucion de hipoteca general hecha por convencion, suponiéndola por lo regular como una cláusula rutinaria de los escribanos: — 2º. que debiendo designarse los bienes hipotecados con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos, no son capaces de esta clase de hipotecas los bienes futuros, pues que es imposible declarar de antemano las indicadas circunstan-

cias; bien que es preciso advertir que no deben reputarse por bienes futuros sino aquellos en que el deudor no tiene derecho alguno de los que constituyen la propiedad, ni puro y simple ni condicional ó á dia cierto: — 3º. que tampoco son susceptibles de hipoteca especial convencional los bienes muebles, pues que la ley solo hace mencion de los inmuebles y de los derechos considerados como tales inmuebles: — 4º. que esta ley ha introducido en nuestro sistema hipotecario la *especialidad* y la *publicidad*; es decir, que la voluntad de la ley es que no se puedan perseguir por el acreedor las cosas que le están hipotecadas por contrato, á lo ménos en caso de perjuicio de un tercer poseedor, sino cuando la hipoteca recae especialmente sobre una, dos ó mas cosas determinadas, y se hizo ademas notoria por medio del registro de modo que pudiera enterarse de su existencia la persona que tratando de celebrar algun contrato con el dueño tuviese interes en conocerla.

Aunque, como acabamos de decir, no son capaces de hipoteca especial convencional, los bienes futuros, por ser imposible que se haga en ellos la designacion que exige la ley, parece sin embargo que en caso de que el deudor carezca de bienes ó que los bienes que tenga no sean suficientes para la seguridad del crédito, podrá consentir en que cada una de las cosas inmuebles que adquiriere en lo sucesivo quede hipotecada para dicha seguridad á medida de la adquisicion; en cuyo caso no solo habrá de tomarse razon de la escritura en que se constituya la hipoteca, sino que al tiempo de la adquisicion de los bienes habrá de hacerse tambien su designacion en la forma prevenida por la ley.

El que hipoteca una finca, está obligado á cuidarla y usarla como un diligente padre de familias; y si por su culpa ó negligencia sufiere la finca tal pérdida ó deterioro que llegare á quedar insuficiente para cubrir la obligacion principal, tendrá derecho el acreedor á pedirle un suplemento de hipoteca, ó bien la satisfaccion del crédito, aunque no haya llegado el dia de su vencimiento; porque toda persona que está obligada á otra, debe responderle de los daños y perjuicios que por su culpa ó descuido le causare.

La ley 10, tit. 13, Part. 3, prohibe al deudor bajo pena arbitraria, el hipotecar á un segundo acreedor la cosa que ya hubiese hipotecado á otro á no ser que el primero preste su consentimiento, ó que el valor de la cosa sea superior al importe del primer crédito, como ya se ha indicado al fin del núm. VII. Mas ahora es de añadir, que esta disposicion de la ley no impide el que el deudor hipoteque al segundo acreedor la misma finca que tenia hipotecada por todo su valor ó mas al primero, con tal que el segundo convenga en ello á sabiendas, aunque el primero lo ignore ó lo resista; pues que el objeto de la ley no es otro que el de evitar todo estelionato ó engaño. Si en el propuesto caso llegare á extinguirse por el pago de la deuda ó de otro modo la hipoteca del primer acreedor, surtirá entónces todo su efecto la del segundo.

### *Hipoteca general é hipoteca especial.*

XXIV. Hipoteca *general* es la que abraza todos los bienes del deudor, no solamente los que tiene al tiempo de establecerse la hipoteca, sino tambien los que adquiriere despues hasta el pago de la deuda ó cumplimiento de la obligacion principal, incluyéndose en ellos los frutos que producen como parte que son de los fundos ó cosas hipotecadas, y sin otras escepciones que las de aquellas cosas que no pueden hipotecarse ó que se presume que nadie quiere hipotecar, de modo que no puede trabarse ejecucion en ellas. Véanse los núms. VII y XXIII de este mismo artículo, y *Juicio ejecutivo*. — Hipoteca *especial* es la que se establece sobre

alguna ó algunas cosas espresamente designadas, y no sobre todos los bienes. Mas adelante veremos los efectos de una y otra.

Las calificaciones de hipoteca general y especial pueden aplicarse á toda clase de hipotecas, esto es, á la hipoteca legal, á la judicial y á la convencional. La hipoteca tácita ó legal es con efecto unas veces general, y comprende toda clase de bienes, asi muebles como raices, derechos y acciones, como por ejemplo la que tiene la mujer en los bienes de su marido para la restitution de la dote, y el menor en los del tutor ó curador por las resultas de la administracion de la tutela ó curatela; y otras veces es particular ó especial, cuando están señalados por la ley bienes determinados sobre que debe recaer, como por ejemplo la que tiene el prestamista en la casa ó nave reparada con el dinero prestado, y el dueño de la casa ó heredad arrendada en las cosas del arrendatario que se encuentran en ella para el cobro del arriendo ó alquiler. La hipoteca judicial puede ser tambien general ó especial, segun que se destinen para pago del acreedor ó acreedores todos los bienes del deudor ó solo algunas cosas determinadas; bien que nunca se estiende á los bienes futuros, pues que no hay hipoteca judicial sin tradicion. Es asimismo general ó especial la hipoteca convencional ó voluntaria, segun que el deudor obligue á la satisfaccion de la deuda todos sus bienes ó solamente algunos que espresamente designe: bien que en el dia por efecto de la especialidad y publicidad que la ley 3, tit. 16, lib. 10 de la Nov. Rec. ha establecido como bases del sistema hipotecario convencional, puede decirse que esta hipoteca no puede ya ser sino especial. Véase n. XXIII.

### *Hipoteca principal é hipoteca subsidiaria.*

XXV. Hipoteca *principal* es la que se constituye primariamente ó en primer lugar para seguridad de una deuda ú obligacion; ó hipoteca *subsidiaria* es la que se establece secundariamente ó en segundo lugar para el mismo objeto por si no fuese suficiente la principal. Es claro que en semejante caso no puede el acreedor perseguir la hipoteca subsidiaria sin haber hecho ántes excusion de la principal; es decir, sin haber visto que la finca obligada primeramente no es bastante para cubrir el importe de la deuda.

### *Hipoteca simple é hipoteca privilegiada.*

XXVI. Hipoteca *simple* ú ordinaria es la que no da al acreedor otra preferencia sobre los demas de su misma clase que la de la fecha ó dia de su constitucion, segun la regla de que el primero en tiempo lo es tambien en el derecho: *Qui prior est tempore, potior est jure*. Hipoteca *privilegiada* es por el contrario la que no sigue el orden de antigüedad ó de fechas cuando hay concurrencia de acreedores hipotecarios, sino que da derecho al acreedor para ser preferido á todos los demas, aunque sean anteriores, porque el privilegio tiene su fundamento en la causa de la obligacion. La diferencia pues que hay entre las hipotecas simples y las privilegiadas consiste en que las primeras siguen en la distribucion de bienes del deudor comun el orden de sus fechas respectivas, yendo siempre la mas antigua delante de todas las demas, al paso que la preferencia de las segundas no depende del orden del tiempo, sino de la naturaleza del privilegio que las acompaña, y el acreedor hipotecario privilegiado se adelanta siempre ó casi siempre á todos los hipotecarios simples.

XXVII. Algunos autores confunden por equivocacion las hipotecas privilegiadas con los privilegios propiamente dichos, sin observar que hay acreedores simples y acreedores privilegiados no solo en la clase de los hipotecarios sino tambien en la de los personales. Hay mucha diferencia de

no tener mas que un privilegio personal á tener una hipoteca; pues los que tienen hipoteca, sea tácita ó expresa, sea simple ó privilegiada, son preferidos á todos los acreedores personales privilegiados: *Eos qui acceperunt pignora*, dice la ley 9, tit. 18, lib. 8 del Código, *cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus quas personalibus actionibus competunt, præferri constat*. El derecho de hipoteca se prefiere á todos los privilegios personales, como el derecho real se prefiere al personal, pues que verdaderamente el derecho de hipoteca es un derecho real, un derecho en la cosa, *ius in re*. La hipoteca, en efecto, desposee de algùn modo al deudor, distrae de su patrimonio hasta cierto punto la cosa hipotecada; y por consiguiente los simples privilegiados no pueden contarla entre los bienes del deudor comun, mientras no sean satisfechos los créditos hipotecarios. Solo hay tres escepciones á esta regla: la primera es por los gastos funerarios; la segunda por los gastos de la última enfermedad; y la tercera por los gastos de justicia. Estas tres especies de créditos, que se llaman créditos personales *singularmente privilegiados*, se prefieren á las hipotecas, porque así lo exige el bien público; pero una vez satisfechos, hacen lugar á las deudas hipotecarias, y no vienen sino detras de estas los privilegios que carecen de hipoteca. Véase *Acreedor personal, Acreedor personal singularmente privilegiado, Acreedor personal simplemente privilegiado, y Acreedor hipotecario*.

**XXVIII.** No se ha de confundir tampoco la hipoteca privilegiada con el derecho de dominio, como se observa en algunos autores, quienes colocando entre los acreedores hipotecarios privilegiados á los dueños de las cosas que se hallan entre los bienes del deudor, hacen embarazosa y complicada la esplicacion de las hipotecas y de los privilegios. Encuéntrase á veces en poder del deudor algunas cosas que no le pertenecen ó que todavía no ha hecho suyas de un modo irrevocable; y es claro que los verdaderos dueños podrán reclamarlas ó reivindicarlas, no á título de hipoteca ó de privilegio, sino á título de dominio, y que por consiguiente les deben ser entregadas desde luego, sin que ningun derecho puedan alegar sobre ellas los acreedores del concurso, por antiguos y privilegiados que sean. Talos son:

1º. Las cosas depositadas que no sean fungibles, ó que siendo fungibles, se hayan entregado al deudor cerradas ó selladas para que como depositario las custodie y no para que las use; *ley 9, tit. 3, y ley 11, tit. 14, Part. 8*. Véase *Depósito*.

2º. Las cosas dadas al deudor en arrendamiento ó administracion, como asimismo las dadas en confianza para que se tengan á disposicion de su dueño, pues que la persona á quien están confiadas no tiene en ellas derecho de dominio, y se asimila al depositario. Véase *Con fianza*.

3º. Las cosas dadas en comodato, esto es, las cosas que siendo de aquellas que pueden usarse sin destruirse, como un caballo, un coche ó un tonel, se han prestado al deudor para que se sirva de ellas por cierto tiempo ó para cierto fin y las restituya despues á su dueño. Véase *Comodato*.

4º. Las cosas dotales, aunque se hayan entregado apreciadas al marido; pues que se entiende que la mujer conserva en ellas naturalmente su dominio, mientras existan, hasta ser pagada; sin que los demas acreedores del marido puedan valerse de la sutileza del derecho que las supone trasladadas por la estimacion al dominio del mismo marido: *In rebus dotalibus*, dice la ley 30, tit. 12, lib. 8 del Código, *sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus (si tamen extant), sive æstimatæ, sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam (jubemus), et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerint,*

*et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim quòd legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.*

5º. Las cosas compradas al contado y todavía no pagadas, pues aunque el comprador las tenga ya en su poder no adquiere su dominio hasta que paga el precio; *ley 46, tit. 28, Part. 3*.

6º. Las cosas compradas al fiado, si todavía no se hubieren entregado al comprador, pues no se le trasfiere el dominio sino por la entrega; — ó si aunque se le hayan entregado, se estipuló en el instrumento de la venta que el comprador no sea considerado como dueño de ellas hasta la satisfaccion del precio, sino que las tenga como poseedor precario ó en arrendamiento por cierto precio anual que se prefiere, pues cualquiera puede poner en sus contratos las condiciones que le convengan; — ó si fuesen cosas de menor, de iglesia, del fisco, de república ó concejo, pues la tradicion de ellas no traspasa el dominio al comprador hasta que se verifica el pago, segun sientan Gregorio Lopez en la glosa 4ª. de la ley 46, tit. 28, Part. 3, y la Curia Filipica en el lib. 2, comerc. terr., cap. 12, n. 9; — ó si luego despues de compradas y adquirida la posesion huyere ó quebrare el comprador, de manera que evidentemente se conozca que procedió con dolo, pues en tal caso se tendrán por no fiadas y se entenderá que el vendedor conserva su dominio, como citando varios autores lo afirma la Curia Filipica en el indicado lugar, n. 11.

7º. Las cosas que expresa el artículo *Graduacion de acreedores en el comercio*, bajo la *primera clase*.

**XXIX.** Entregados á sus dueños los bienes que no pertenecen al deudor, y satisfechos despues los créditos personales singularmente privilegiados, entra luego en la distribucion de los bienes del deudor comun la clase de los acreedores que tienen hipoteca privilegiada; y como acontece con frecuencia que unos mismos bienes están hipotecados á varios acreedores de esta clase, importa mucho saber quiénes son los que merecen preferencia, la cual depende mas bien de la causa del privilegio que del orden del tiempo. Tienen pues privilegio ó derecho de ser preferidos á los demas acreedores hipotecarios los siguientes:

1º. La Iglesia debe ser preferida á todos los acreedores, por privilegiados que sean, para el cobro del diezmo en los frutos de que se debe; *leyes 6 y 26, tit. 20, Part. 1*.

2º. El dueño de la casa alquilada es preferido en las cosas propias del inquilino que se encontraren en ella, y el dueño de la heredad arrendada en las cosas introducidas en ella con su noticia por el arrendatario ó colono y en los frutos allí nacidos, así para el cobro del alquiler ó renta que se le debiere como para el reintegro de los daños ó deterioros causados en la casa ó heredad por culpa del inquilino, colono ó arrendatario; *ley 5, tit. 8, Part. 5, y ley 6, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec.*: de modo que ni aun el crédito fiscal ni el dotal ni otro ninguno, aunque sean anteriores en tiempo, podrán alegar mejor derecho en los bienes mencionados, porque estos son prenda natural del dueño del predio, y los frutos ademas no se hacen propios del arrendatario ó colono hasta que paga el precio del arriendo.

El dueño directo debe ser tambien preferido á cualesquiera otros acreedores en los frutos de la cosa enfiteutica para el cobro de su pension ó cánon, como se deduce de dicha ley 6, tit. 11, lib. 10, Nov. Rec., pues que se halla en el mismo caso que el dueño de las cosas dadas en arrendamiento; y aun lo habrá de ser igualmente en la misma cosa enfiteutica para el cobro del laudemio y de la renta ó cánon, pues que conserva en ella cierta parte del dominio y tiene derecho de recuperarlo por entero cuando se le dejan de pagar las pensiones por tres años. Véase *Enfitéusis*.

El acreedor de censo reservativo debe gozar asimismo de

igual derecho de prelacion sobre la cosa gravada y sus frutos para el cobro de sus pensiones; pues si bien el censatario tiene el dominio directo y útil de la finca, no lo tiene sino sujeto al pago del censo.

3º. El que prestó dinero para reparar ó conservar una nave ó casa ú otro edificio, ó para proveer la nave de armas ó subsistencias ú otras cosas que le fueren necesarias, ó para pagar el transporte de mercaderías ó efectos ó el alquiler del edificio ó almacén en que están ó han estado custodiadas, es preferido en la nave, en la casa ó en las mercaderías respectivamente á cualquier otro acreedor que ya anteriormente tuviese hipoteca sobre ellas; porque es muy justo que aquel por quien la cosa existe ó se mantiene ó se libra de pérdida ó deterioro ó se pone en estado de producir utilidad, sea mas atendido en ella para el pago de su crédito que los demas acreedores, aunque sean anteriores en la hipoteca; *leyes 26, 28 y 29, tit. 13, Part. 5*. Si el que prestó dinero para los indicados objetos tiene privilegio de prelacion, es claro que con mas razon le tendrá el que prestó sus materiales, sus servicios, sus obras ó trabajo personal, sus géneros ó efectos, sus almacenes, sus caballerías, carros ú otros medios de transporte.

El acreedor de que tratamos, se llama acreedor *refaccionario* ó *refaccionista*, porque contribuye á la refaccion, reparacion ó conservacion de la finca; y si concurren simultáneamente varios refaccionarios que en épocas diversas prestaron cantidades para este objeto, no se han de graduar y pagar por orden de antigüedad de sus créditos, sino al contrario por orden inverso, de manera que ha de empezarse el pago por el último y acabar retrocediendo en el primero, porque el último es quien evitó por fin la pérdida ó deterioro de la finca y procuró su conservacion en beneficio de todos en cuanto alcance su valor.

Hemos dicho que el crédito refaccionario tiene prelacion sobre cualesquiera otros créditos hipotecarios, aunque le precedan en tiempo: mas la ley que ha fijado esta regla, le pone luego dos escepciones, igualando con él á los créditos dotales y á los fiscales, y concediendo la preferencia entre los tres al que fuere mas antiguo; de suerte que concurriendo la dote ó el fisco y el crédito refaccionario, habrá de pagarse primero el crédito refaccionario si se contrajo ántes que empezase la hipoteca del fisco ó de la dote, y por el contrario si esta hipoteca tuvo principio ántes de haber adquirido la suya el acreedor refaccionista, el crédito de la dote ó del fisco será el primero que deba satisfacerse; *ley 29, tit. 13, Part. 5*.

De estas disposiciones nace una cuestion que no es fácil de resolver. Supongamos que en un concurso se presentan tres créditos sucesivos, el primero y el tercero refaccionarios y el segundo fiscal: el fiscal cede al primer refaccionario, y vence al segundo; al mismo tiempo que por la naturaleza de la refaccion el segundo refaccionario vence al primero. ¿Diremos pues que el fisco, por el hecho de vencer al segundo refaccionario, debe vencer tambien al primero, segun la regla de que *si binco vincentem te, nullò magis vincere te debes*; y que por consiguiente ha de ser preferido á los dos en el pago? El fisco no puede privar de sus efectos directa ni indirectamente á un privilegio que existia ántes que el suyo, ni anteponerse á él cuando la ley le pospone. ¿Anonadará tal vez por su interposicion entre los dos créditos refaccionarios, ya que no el privilegio del primero, á lo ménos el del segundo, eclipsándolo, digámoslo así, y estorbando el ejercicio de la prelacion que este por su naturaleza tiene sobre aquel? Ni el fisco ni otro acreedor privilegiado vence ni puede vencer á otro acreedor de la misma ó de diferente clase sino cuando le haya de vencer en su propio beneficio; y pues que aquí no habria de obtener el fisco la victoria sino en utilidad ajena, parece que de-

be considerarse como si no existiera, y que quedando de consiguiente solos los acreedores refaccionarios, tendrá espedido el segundo su derecho de preferencia sobre el primero. Lo mismo debe decirse de la dote, si se encontrare en el mismo caso en que suponemos al fisco.

4º. El que prestó dinero á otro para la adquisicion de una cosa con la condicion de que le quedase especialmente hipotecada hasta el cobro del préstamo, debe ser preferido en ella á los acreedores anteriores á quienes el mutuario hubiese obligado todos sus bienes presentes y futuros; *ley 30, tit. 13, Part. 5*. Gregorio Lopez añade en la glosa 4ª. y sostiene la Curia Filípica, lib. 2, *comerc. terr.*, cap. 12, n. 16, que no solo debe ser preferido en dicho caso el prestamista ó mutante á los acreedores anteriores que tienen hipoteca convencional, sino tambien á los que la tienen legal ó tácita, sin esceptuar al fisco ni á la mujer por su dote, porque la finca no pasó á los bienes del mutuario sino con la responsabilidad del préstamo; y así efectivamente lo quiere la ley 7, tit. 18, lib. 8 del Código. La misma prelacion que está concedida al prestamista, compete igualmente al vendedor al fiado que puso la condicion de que la cosa vendida le habia de estar hipotecada hasta el pago del precio, pues que milita igual razon á favor del uno que á favor del otro.

5º. El menor, con cuyo dinero hubiese uno comprado alguna cosa para sí, es preferido en ella á los acreedores á quienes el comprador tuviese hipotecados todos sus bienes habidos y por haber; de modo que puede reivindicar la finca como suya ó bien reclamar el dinero, segun mas le acomodare; *ley 49, tit. 5, y ley 30, tit. 13, Part. 5*.

6º. La mujer es preferida por su dote en los bienes de su marido, y el fisco por sus créditos en los bienes de sus deudores, á los acreedores anteriores que tengan hipoteca legal, y á los posteriores que la tengan legal ó convencional, ora sea esta general, ora especial, pero no á los anteriores que la tengan convencional, sea especial ó general: « Tal privilegio ha el debdo de la cámara del rey, dice la ley 33, tit. 13, Part. 5, et otrosi lo que debe el marido á la mujer por dote, que maguer estos debdos sean postremeros, primeramente debe seer entregada la cámara del rey en los bienes de su debdor que otro ninguno á quien debiese algo; et otrosi la mujer en los bienes de su marido, fueras ende en un caso, si el debdo primero fuese sobre paño que hobiese alguno empeñado señaladamente, ó si hobiese obligado por palabra todos sus bienes; ca entonce tal debdo como este que fuese primero, ante debe seer pagado quel postremero de la cámara del rey nin el de la dote de la mujer. » Mas esta preferencia del fisco y de la mujer no puede perjudicar á los acreedores anteriores ó posteriores que por la naturaleza de sus créditos tengan hipoteca mas privilegiada, como es de observar por lo que se lleva dicho en este núm. XXIX.

Quando concurren el crédito fiscal y el dotal, debe ser preferido el que fuere mas antiguo, como se deduce de las leyes 27, 29 y 33, tit. 13, Part. 5, y está espresamente resuelto en el derecho romano. *Dotis tuæ*, dice la ley 9, tit. 12, lib. 3 del Código, *potiorem causam magis esse convenit, quam reipublicæ, cui postea idem maritus obnoxius factus est. Quamvis ex causa dotis*, añade la ley 2, tit. 73, lib. 7 del mismo Código, *vir quondam tuus tibi sit condemnatus, tamen si priusquam res ejus tibi obligarentur, cum fisco contraxit, jus fisci causam tuam prævenit*. Siendo ambos créditos iguales en el tiempo, sin que conste cuál es el primero, la causa de la dote se reputa de mejor condicion que la del fisco, segun la regla 85, tit. 17, lib. 50 del Digesto: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est*.

= Véase *Dote y Fisco*.

Es de advertir aquí, que la mujer no tiene privilegio de prelacion sobre los demas acreedores por sus bienes parafernales, aun cuando hubieran sido entregados al marido,

*Greg Lopez en la gl 4 de la ley 17, tit 11, Part 4*, ni por las atras o donacion *propter nuptias*, a no ser que se le hubiesen dado o prometido como aumento de la dote, *ley 12, tit 18, lib 8 delCodigo, ley 29, tit 13, Part 5, y gl 2 de Greg Lopez*, ni tampoco lo tiene el marido por la dote que le fue prometida y no entregada, *Greg Lopez en la gl 1 de la ley 25, tit 13, Part 5*

7º El acreedor que persiguiera y alcanzare al deudor que huye con sus bienes, prendiendole o haciendole prender y presentándole al juez, tiene derecho á ser preferido por su crédito en todo cuanto se le encontrare a los demas acreedores, los cuales habran de contentarse con lo que sobre, *ley 10, tit 18, Part 5* Este acreedor, con efecto, puede asimilarse al refaccionario, pues así como sin la refaccion o reparacion se perderia para todos la casa o nave hipotecada, del mismo modo sin la vigilancia y las diligencias del acreedor que persigue y logra prender al deudor profugo se perderian para todos los acreedores los bienes que este llevaba consigo. La ley concede esta preferencia en general a dicho acreedor sobre los demas, sin distinguir de clases, pero algunos autores, y entre ellos el de la Curia Filipica, *lib 2, comerc terr, cap 12, numero 66*, la reducen precisamente al caso de que los demas acreedores no sean de mejor condicion por su accion, anterioridad o privilegio

8º Si comprando el deudor alguna finca pactare con el el vendedor, en la misma escritura de venta, que haya de quedar hipotecada especialmente a cierto acreedor del comprador, sera preferido en ella este acreedor a los acreedores hipotecarios del comprador que le precedan en tiempo, pues que la finca así vendida no paso al dominio del comprador sino gravada de dicha hipoteca especial

XXX Despues de los acreedores que tienen hipoteca privilegiada, deben ser satisfechos de sus creditos los acreedores que tengan hipoteca simple, graduandose el lugar de su prelación respectiva, en caso de concurrir dos o mas, por el de la fecha de la constitucion de cada hipoteca, de suerte que el credito hipotecario mas antiguo ha de ser preferido al que lo es menos, sin distincion de hipoteca legal, judicial o convencional, segun la regla general de que el primero en tiempo, lo es tambien en derecho. *Qui prior est tempore, potior est jure* « Guisada cosa es et derecha, dice la ley 27, tit 13, Part 5, que el que rescibe primeramente la cosa en peños, que mayor derecho haya en ella quel otro que la rescibe despues »

Aunque esta regla de prioridad parece tan sencilla, no dejan de presentarse a veces algunas dudas al hacer su aplicacion, y así es necesario para disolverlas tomar en cuenta las observaciones siguientes

1ª Concurriendo dos o mas hipotecas constituidas en un mismo dia, se ha de atender entonces, para fijar su respectiva antigüedad, a la diferencia de las horas, de modo que la constituida a las diez de la mañana se calificara de mas antigua que la constituida a las once no constando las horas, habia de estarse al orden con que las escrituras de su constitucion se hayan estudiado en el libro, registro o protocolo del escribano, de suerte que la anterior en el orden se reputara tambien anterior en el tiempo, por presumirse que se otorgo antes que la que viene despues, y si en un mismo instrumento se hubiesen hipotecado los bienes a dos acreedores diferentes, primero al uno y despues al otro, se tendria por acreedor hipotecario mas antiguo el que primero se encontrare nombrado, porque primero es en tiempo el que lo es en orden de escritura. Así lo sientan comunmente sin hesitacion alguna los autores, pero se habra de abandonar así al descuido, a la indiferencia, a la poca exactitud o al capricho de un escribano el punto importantisimo de la prioridad o posterioridad de un credito en que puede estar envuelta la suerte de una familia?

Quando no puede averiguarse cuál de los dos creditos hipotecarios es anterior o posterior, ambos se consideran iguales en derecho, y ambos deben pagarse a pro rata, *leyes 10 y 16, § 8, tit 1, lib 20 del Digesto*, y Curia Filip, *lib 2, comerc terr, cap 12, n 41*

2ª Como la regla de la prioridad de tiempo no hace diferencia entre hipotecas legales, judiciales ni convencionales, es claro que el acreedor hipotecario que sea primero en tiempo será preferido á todos los anteriores, ora venga el con hipoteca convencional, judicial o legal y los otros asimismo con cualquiera de ellas, ora se presente con hipoteca general y los otros con especial, ora el con especial y los otros con general, y entendiendose que en la hipoteca preferida, cuando esta se constituye a favor de cualquiera de los acreedores, queda constituida por el mismo modo a favor de todos, todos ellos se considerarían iguales en el tiempo, y todos tendran por consiguiente hipoteca de igual derecho, *leyes 15 y 27, tit 13, Part 5, con las glosas de Greg Lopez, leyes 2 y 6, tit 18, lib 8 delCodigo, y leyes 2 y 11, tit 4, lib 20 del Digesto*

3ª El acreedor hipotecario de cualquiera clase, que fuere anterior en tiempo, no solo ha de ser preferido al posterior por su deuda principal, sino tambien por sus pensiones, intereses, y demas acciones y derechos inherentes ó accesorios a ella. Así lo resuelve el derecho romano en *las leyes 13 y 18, tit 4, lib 20 del Digesto* y así lo afirman nuestros autores, especialmente el de la Curia Filip, *lib 2, comerc terr, cap 12, n 48*

4ª La hipoteca condicional se reputa anterior y se prefiere por lo tanto a la hipoteca pura posterior, aunque la condicion no se cumpla sino despues de haberse constituido la hipoteca pura, con tal que la condicion sea casual o mixta, y no meramente potestativa de parte del deudor, porque la condicion casual o mixta, cuando llega a cumplirse, se retrotrae al tiempo de la constitucion de la hipoteca, *ley 52, tit 13, Part 5* Supongamos pues que yo te ofrezco mil pesos bajo la condicion de que te cases con Fulgencia o de que llegue a España dentro de cierto tiempo una embarcacion que espero de America, hipotecandole mi casa para el pago de dicha cantidad, y que pendiente la condicion hipoteco la misma casa a un tercero para seguridad de una obligacion que he contraido con el, si por fin tu te casas con Fulgencia o llega la embarcacion dentro del termino designado, tu tendrias y no el tercero la prioridad de la hipoteca sobre mi casa, porque la condicion del casamiento o de la venida del buque, condicion casual y no potestativa de mi parte, se retrotrae a la epoca de la promesa hipotecaria que te hice. Mas si habiendonos convenido tu y yo en que si tu me prestas cierta cantidad te quedara hipotecada mi casa para su restitution, hipoteco yo luego la misma casa a otra persona que me hace un prestamo, y tu despues me entregas la cantidad que me habias prometido, no seras tu por cierto quien tenga la prioridad de hipoteca sobre mi casa, aunque tu contrato sea el primero, sino la persona que me entrego real y efectivamente antes que tu la suma que yo le habia pedido, porque siendo yo arbitro de recibir o no recibir tu dinero hasta el acto de la entrega, la condicion del prestamo era puramente potestativa de mi parte, y no puede por lo tanto retrotraerse al tiempo de mi promesa hipotecaria, en el cual no existia todavia obligacion que sirviese de fundamento a la hipoteca, *leyes 27, 32 y 33, tit 13, Part 5*. Vease el num V de este articulo

5ª La deuda hipotecaria anterior, cuyo plazo no ha cumplido todavia, se prefiere a las deudas hipotecarias posteriores de plazo ya cumplido, porque para fijar la prioridad no se atiende al tiempo del plazo de la paga, sino al de la fecha de la obligacion contratada, o sea al de la constitucion de la hipoteca, y así en concurso de acreedores no ha de

ser postergado el acreedor de hipoteca anterior á los de hipotecas posteriores, por la razon de que no haya llegado el plazo de la deuda de aquel y haya llegado el de la de estos. Asi lo sostienen nuestros autores, y entro ellos el de la Curia Filipica, lib 2, comere terr, cap 12, n 44, fundados en el derecho romano *Quentum est, dice la ley 14, tit 1, lib 20 del Digesto, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora per multendum sit? Et puto, dandam pignori persecutionem, quia inter est mea et ista Colonus scribit*

6<sup>a</sup> Si se ha hipotecado una misma cosa a dos acreedores diferentes por dos distintos deudores que no sean sus dueños, será preferido en ella el acreedor que la poseyere, aunque sea el segundo mas si el que no es dueño de la cosa la hipotecare á un acreedor, y el verdadero dueño a otro, tendrá prelación el acreedor a quien el dueño la ha hipotecado, ya sea el ultimo o el primero en el orden del tiempo, ley 52, tit 15, Part 5

7<sup>a</sup> El deudor que ha hipotecado una finca sucesivamente a dos o mas acreedores, puede conferir a un tercero el derecho y preferencia del primer acreedor, pagando al primero su deuda con la cantidad que al efecto le prestare el tercero y subrogando a este en el lugar de aquel mas si el segundo acreedor pagare al tercero la cantidad prestada, sucederá en su derecho, aunque con el nada pacto, y tambien el primer acreedor puede ceder su derecho hipotecario a cualquiera persona, sea o no sea acreedora del deudor, la cual en tal caso tendrá en la finca la misma prelación que si se la hubiese hipotecado antes que a los otros el mismo dueño, ley 34, tit 13, Part 5

8<sup>a</sup> Para que un credito hipotecario que se presenta como anterior en tiempo, sea preferido a otros que aparecen posteriores, es necesario que su anterioridad o prioridad conste plenamente de un modo que no deje lugar a la duda. Asi es que la hipoteca pública, esto es, la que se constituye por escritura otorgada ante escribano publico o por documento escrito y firmado de mano del deudor y corroborado con las firmas de tres testigos fidedignos que las hagan con sus manos mismas y no por medio de otros, se prefiere, aunque sea posterior, a la hipoteca privada, esto es, a la establecida entre los mismos interesados sin escritura de escribano publico o sin documento que contenga las firmas del deudor y de los tres testigos, por razon del peligro que hay de que en los instrumentos privados se cometan fraudes dandoles con antedatas una antigüedad que no tienen, ley 31, tit 13, Part 5. Quieren ademas los autores que tengan fuerza de instrumento publico para probar la anterioridad de un credito hipotecario — 1<sup>o</sup> la confesion que hacen en los acreedores posteriores de escritura publica, de que es verdadero en cuanto a su contenido y su fecha el documento privado que se presenta por el acreedor que se dice mas antiguo, pues que tal confesion hecha por adversarios devanece todo recelo, — y 2<sup>o</sup> el reconocimiento judicial que de su documento privado hubiere hecho el deudor antes de contratar en escritura publica con los demas acreedores, pues que tal reconocimiento da fecha segura a la obligacion hipotecaria que el deudor tenia ya contraida. Mas no tienen ya lugar en el dia estas doctrinas, ni otras que sientan sobre este punto los autores, porque ya no hay hipoteca privada, ni puede ya constituirse obligacion ni accion hipotecaria por convencion sino en escritura otorgada ante escribano publico y registrada en el oficio de hipotecas. Véase el num XXIII en este articulo, y Oficio de hipotecas.

Aun cuando concurriendo dos deudas hipotecarias, se prueben ambas con escrituras otorgadas ante escribano publico, no por eso se ha de preferir ciegamente la primera a la segunda por razon de su anterioridad, sino que ademas ha de constar para la preferencia, segun pretenden los autores,

que la cosa o cantidad de que respectivamente proceden fuere entregada real y efectivamente al deudor, de suerte que si la primera deuda resulta solo por confesion del deudor, y la segunda por entrega de la cosa o cantidad ante el escribano y testigos del instrumento, tendrá entonces prelación la segunda sobre la primera, y el acreedor posterior de cosa entregada sera graduado y pagado antes que el acreedor anterior de deuda confesada. Matienzo, sin embargo, en la glosa 1, n 11, de la ley 7, tit 16, lib 5 de la Recopilacion, asegura que no esta en practica tal preferencia.

9<sup>a</sup> Aunque el legatario tiene hipoteca tacita en los bienes de la herencia por raron de su legado, segun la ley 26, tit 13, Part 5, no ha de inferirse de aqui que debe ser preferido a los acreedores personales del difunto, pues que el legado y la hipoteca recaen sobre los bienes de la herencia, y no hay herencia sino deducidas las deudas de cualquiera clase que sean, segun la ley 8, tit 33, Part 7. Asi es que, como dice la ley 7, tit 6, Part 6, « non es tonudo el heredero (que accepto la herencia con beneficio de inventario) de dar o de pagar las mandas que fizo el fazedor del testamento, fasta que sean pagadas todas las deudas primeramente que el finado debia ».

10<sup>a</sup> Como en derecho son de mejor condicion los que tratan de evitar su daño que los que intentan adquirir lucro, sientan comunmente los autores, que la deuda que procede de contrato oneroso posterior, se prefiere a la que dimana de contrato lucrativo anterior, aunque esta sea hipotecaria y aquella no lo sea. Curia Filip, lib 2, comere terr, cap 12, n 62.

11<sup>a</sup> Si un procurador o apoderado mio, sin poder especial ni bastante, contrae en mi nombre una obligacion hipotecaria, que yo ratifico despues al cabo de algun tiempo, ¿tendrá el acreedor su derecho de hipoteca en mis bienes desde el dia del contrato, en perjuicio de otros acreedores que por convencion mia o por la ley hayan adquirido hipoteca en ellos durante el tiempo intermedio entre el contrato de mi apoderado y mi ratificacion o lo tendrá tan solo desde el dia de mi ratificacion y no antes? Es indudable que no lo tendrá sino desde el dia de la ratificacion. Bien es cierto que las ratificaciones tienen efecto retroactivo, segun la regla de derecho *Ratihabito mandato compromatur*, y que por consiguiente habiendo yo ratificado la obligacion contraida por mi apoderado, es lo mismo que si yo le hubiese dado poder o mandato especial para contraerla mas este efecto retroactivo solo tiene lugar con respecto a mi y al acreedor, y no puede tenerlo en perjuicio de las terceras personas que han adquirido en el tiempo intermedio hipoteca sobre mis bienes, porque no teniendo calidad alguna para hipotecarlos el que contrajo en mi nombre, no quedaron hipotecados hasta el momento de mi ratificacion, y por lo tanto yo los hipoteque validamente a los acreedores intermedios, quienes adquirieron sobre ellos un derecho irrevocable, de que yo no podia va privarlos, ratificando un contrato que era dueño de no ratificar.

XXXI Asi la hipoteca simple como la privilegiada es a veces general, segun hemos visto, y en tal caso abraza no solo los bienes presentes del deudor, sino tambien los futuros. Mas ¿se sigue de aqui, que habiendo dos hipotecas de fechas diferentes, tiene tambien preferencia la primera sobre los bienes que el deudor ha adquirido despues de la constitucion de la segunda? ¿o habran de concurrir por ventura ambas a dos sobre estos nuevos bienes? Gregorio Lopez en la glosa 1<sup>a</sup> de la ley 27, tit 13, Part 5, cree mas comun la opinion de Bartolo de que efectivamente el primer acreedor de hipoteca general ha de ser preferido al segundo aun en los bienes adquiridos por el deudor despues de la existencia de ambos creditos. La razon es, aunque no nos la manifiesta Gregorio Lopez, que una vez hipotecado a un

acreedor por la convencion o por la ley los bienes presentes y futuros, no pueden ya hipotecarse á otro en perjuicio del primero, y que por consiguiente, si bien parece que en los bienes que entran en el dominio del deudor despues de la existencia de ambos creditos, ambos adquieren a un mismo tiempo el derecho de hipoteca, pues que no puedo quedar realmente hipotecada una cosa sino desde el dia en que pertenece al deudor, debe sin embargo ser preferido el primero al segundo y el segundo al tercero, por que el segundo acreedor no ha podido adquirir su derecho de hipoteca sino solamente sobre los bienes que queden sobrantes despues de satisfecho completamente el credito del primero

Mas ya que vamos a buscar la solucion de esta duda entre los romanistas, justo sera que veamos si en efecto la decision de Bartolo adoptada por Gregorio Lopez es conforme o contraria al derecho romano. Supone el jurisconsulto Ulpiano, en la ley 7, tit 4, lib 20 del Digesto, que yo te he hipotecado los bienes que pudiere adquirir en lo sucesivo, que ademas he hipotecado especialmente a Ticio cierta heredad bajo la condicion de que llegate a ser mia, y que despues he logrado efectivamente hacerse propietario de ella, y siguiendo el parecer de Marcelo decide que los dos acreedores, esto es, tu y Ticio, tenéis derecho de venir por concurrencia sobre el precio de esta misma heredad, sin que importe que yo la haya comprado con dinero sujeto a la hipoteca general que te habia constituido sobre todos mis bienes, por que de que una cosa se haya comprado y pagado con dinero hipotecado no se sigue que solo por esta razon queda hipotecada la misma cosa. *Si tibi, QUÆ HABITURUS EUM, obligaverim, et Ticio specialiter fundum, si in meum dominium pervenerit, non dominium ejus acquisivero, putat Marcellus, CONCURRERE UTRUMQUE CREDITOREM IN PIGNORE non enim nullum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoris est emptæ, non sit pignoralia ob hoc solum quod pecunia pignoralia erat.* La razon de esta decision de la ley consiste en que, si bien fue valida desde el principio la obligacion hipotecaria que yo contrae a tu favor y al de Ticio, no ha podido surtir efecto ni producir derecho de hipoteca sobre mis bienes futuros sino desde el dia de su adquisicion, porque yo no puedo transferir derecho alguno sino sobre las cosas que me pertenecen, y como en el dia en que adquiri la heredad de que se trata, recayeron sobre ella simultaneamente la hipoteca especial de Ticio y la tuya general, es consiguiente que ambas sean iguales en derecho, pues que ambas lo son en tiempo. *Concurrunt jure qui concurrunt tempore.* Es cierto que Acursio y Cuyacio han sentido que en el caso de esta ley las dos hipotecas habrian sido constituidas a un mismo tiempo, pero no hay en el texto palabra alguna que indique esta circunstancia, la cual no dejaria de ser bastante extraordinaria, pues que cualquiera intervalo entre las dos convenciones impediria su simultaneidad, y de todos modos la disposicion de la ley es tan aplicable al caso de que se hubiesen constituido en diversos tiempos las dos hipotecas como al de que se hubiesen constituido en un mismo, segun dice la Glosa. *Certe videtur idem esse diversis temporibus, cum tunc quando pervenerit in suum dominium, incipiat fundus utriusque obligari.*

En el mismo sentido decide la cuestion, aunque implicitamente, de un modo bastante claro y en un caso en que se hallan sucesivamente constituidas las dos hipotecas, la ley 28, tit 18, lib 49 del Digesto. *Si, qui mihi obligaverit QUÆ HABET, HABITURUSQUE FUSSET, cum fisco centuraverit, sciendum est in re postea adquisita fisco potior em esse debere, Papinianum respondisse quod et constitutum est potior enim causam pignoris fisco.* Asi que, en el texto de esta ley, que es igualmente de Ulpiano, el fisco es, aun-  
 1. e ultimo acreedor quien tiene el primer lugar hipotecario

en los bienes adquiridos despues de la obligacion contraida en su favor, pero estó depende de que en el concurso de dos hipotecas de la misma fecha, el fisco que tiene hipoteca general en los bienes de sus deudores, goza tambien en ellos de preferencia privilegiada, mientras que por los bienes adquiridos antes de la constitucion de su hipoteca le son preferidos los acreedores anteriores de hipoteca convencional, como claramente se infiere de este mismo texto. Ahora bien si quitas el fisco y pones en el lugar que el ocupaba a un acreedor particular, no tendra este por cierto prelación alguna sobre el primer acreedor en cuanto a los bienes adquiridos despues de la constitucion de la segunda hipoteca, pero a lo menos vendra con el por concurrencia de hipoteca sobre estos nuevos bienes

Resulta pues que los jurisconsultos romanos, en el caso de dos hipotecas creadas sucesivamente sobre los bienes futuros, admitian la concurrencia de las mismas sobre los bienes que el deudor adquiria despues de hallarse ambas constituidas, y asi lo reconoce Pothier, añadiendo que esta doctrina es conforme a los principios que rigen sobre la materia

XXXII Hemos hablado del orden con que en concurso de acreedores debe hacerse el pago de los creditos hipotecarios, segun su antigüedad ó la condicion de sus privilegios. En cuanto a los creditos personales, pueden verso los diferentes articulos de la palabra *Acreedor personal*

#### Efectos de la hipoteca

XXXIII Es efecto de la hipoteca, cualquiera que sea su especie, obligar al pago de toda la deuda la cosa hipotecada y cada una de sus partes. De aqui es que si tu deudor enajena una parte de la finca que te ha hipotecado, tienes derecho de hipoteca por el total de tu credito tanto sobre la parte enajenada como sobre la que conserva en su dominio. De aqui es igualmente que si fallece tu deudor dejando y gr cuatro herederos, entre quienes se divide la cosa hipotecada, podras ejercer por entero tu accion hipotecaria en la parte de cada uno de los cuatro. Por eso se dice, que la hipoteca *est tota in toto, et tota in qualibet parte*, y en eso tambien la obligacion hipotecaria se diferencia de la obligacion personal, la cual se divide entre los herederos del deudor. *Actio quidem personalis, dice la ley 2, tit 32, lib 8 delCodigo, inter hered. (debitoris) pro singulis portionibus quæ sita dividitur pignoris autem jure nullis obligatus rebus, quas diversi possident, cum ejus vindicatio non personam obliget, sed rem æquatur qui possident, tenentes non pro modo singularium reum substantiarum conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.* Divides asimismo entre los herederos del acreedor la accion personal, y permanece indivisa la hipotecaria. *Manifesti et indubitati juris est, dice la ley 1, tit 32, lib 8 delCodigo, defuncto creditore multis et electis hæredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII Tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique teneri.* de lo cual se sigue, que si a uno de ellos se hubiere pagado su parte de credito podran sin embargo los demas hacer vender toda la cosa hipotecada para el cobro de las suyas, ofreciendo al deudor lo satisfecho a su cobradero como declara la ley 11, § 4 tit 7, lib 13 del Digesto

XXXIV Como el objeto de la hipoteca es asegurar al acreedor el pago de su credito con el producto de la venta de la cosa hipotecada cuando el deudor no se lo satisface a debido tiempo, es consiguiente que el acreedor tenga derecho de perseguir la cosa hipotecada, cualesquiera que sean las personas en cuyo poder se encontrare, y de este derecho nace la accion que se llama hipotecaria. Puedo

ejercerse pues esta accion, no solamente contra el deudor y sus herederos mientras poseyeren la cosa, sino tambien contra cualquier tercero a quien se hubiese enajenado, *ley 14, tit 13, Part 3*

Esta regla tiene lugar en la hipoteca *especial*, ora sea legal, ora convencional, como igualmente en la hipoteca *general* cuando es legal, de modo que en todos estos casos podria perseguirse la cosa hipotecada, aunque se halle en manos de un tercer poseedor. Asi se infiere de dicha ley 14, con sus glosas, tit 13, Part 3, que concede este derecho sin distincion de hipotecas, — de la ley 17, tit 11, Part 4, que declara obligados a la restitucion de la dote y parafernalia de la mujer *todos los bienes del marido a quien quier que pasen*, declaracion que puede considerarse aplicable a los demas casos de la hipoteca tacita, — de la ley 57, tit 13, Part 3, que si bien permite al deudor que tiene hipotecados todos sus bienes dar libertad a algun siervo, es solo cuando los otros bienes que le quedan son suficientes para el pago de la deuda, — del principio general que estableco que cuando enajenamos nuestras cosas, no traspasamos su dominio sino con las cargas que les serian inherentes permaneciendo en nuestro poder *Alienatio cum fit, cum sua causa dominium ad alium transferimus, quæ esset futura, si apud nos ea res mansisset utque toto jure civili ita se habet, præterquam si aliquid nominatum sit constitutum*, ley 67, tit 1, lib 18 del Digesto, — y en fin, de la maxima de derecho que no permite al deudor empeñar con sus actos o contratos la condicion de su acreedor *Debitor em neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est Unde si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes*, ley 13, tit 14, lib 8 delCodigo Mas en la hipoteca *general* constituida por convencion, no puede perseguirse ninguna de las cosas hipotecadas que hubieren pasado a terceras manos, segun lo dicho en el num XXIII de este mismo articulo con arreglo a la ley 3, tit 16, lib 10, Nov Rec

XXXV No puede el acreedor ejercer su accion hipotecaria contra el tercer poseedor de las cosas hipotecadas, sin reconvenir primero al deudor en uso de la accion personal que tiene contra el y hacer excusion en sus bienes, pues si pudiere cobrar del deudor todo su credito, *debe dejar estar en paz*, como dice la ley, al tercer poseedor de dichas cosas, *ley 14, tit 13, Part 3*

Hay sin embargo algunos casos en que el acreedor puede omitir la excusion de los bienes del deudor y hacer uso desde luego de su accion hipotecaria contra el tercer poseedor. Tales son

1º Cuando el deudor enajena la cosa hipotecada despues de haberselo movido pleito sobre ella por el acreedor, *ley 14, tit 13, Part 3*

2º Cuando el deudor se obliga a conservar en su poder la cosa hipotecada sin enajenarla mientras subsistiese la deuda, y a pesar de este pacto la enajena despues, porque en este caso se considera nula la enajenacion y subsistente la finca en poder del deudor, *ley 67, tit 3, Part 3*

3º Cuando el deudor dio al acreedor por razon de la deuda la posesion real o ficta de la cosa hipotecada, entregandole los titulos de propiedad o constituyendose por inquilino, arrendatario, tenedor o poseedor precario de ella en nombre del acreedor, y despues la enajeno al tercero, *Greg Lopez, gl 5 de d ley 14, tit 13, Part 3, y Cui Filip, part 2 Jure ejec, § 41, n 42*

4º Cuando el deudor hizo cesion de bienes, o se halla ausente, o estando presente no puede ser reconvenido, o es notorio que se encuentra en estado de insolvencia, *Greg Lopez en la cit gl 5*

XXXVI El tercer poseedor, contra quien dirigere el

acreedor su accion hipotecaria, debe restituir la cosa hipotecada, pues que no paso a sus manos sino con este gravamen, o satisfacer la cantidad que importare la deuda, y el acreedor no podra resistirse a la aceptacion del pago que en su caso se le ofreciere, antes bien habra de ceder al tercer poseedor sus derechos si se los demandare, *ley 18, tit 13, Part 3* Mas para forzar al tercer poseedor a elegir uno de estos dos medios, es preciso que el acreedor pruebe dos cosas 1ª que la cosa que reclama lo fue hipotecada, 2ª que el que se la hipoteco tenia entonces el dominio de ella, o que a lo menos podia hipotecarla, *d ley 18* Si el tercer poseedor, creyendo de buena fe que la cosa hipotecada era suya, hubiese hecho en ella algunas mejoras, podria retenerla en su poder hasta que el acreedor le reintegre de los gastos que manifestamente aparezcan invertidos en utilidad de la misma cosa, *ley 15, tit 13, Part 3* Vease *Poseedor de buena fe*

El acreedor no solo tiene derecho para el cobro de su credito a la misma cosa hipotecada, sino tambien a los frutos que habia pendientes en ella al tiempo de la enajenacion, pero no a los frutos que fueron sembrados o concebidos durante la posesion del tercero a quien la cosa fue enajenada, *ley 16, tit 13, Part 3*

Si el deudor, despues de la constitucion de la hipoteca, hubiese concedido a una persona el usufructo de la cosa hipotecada, y enajenado a otra la propiedad, podra el acreedor intentar la accion hipotecaria asi contra el propietario de la finca como contra el usufructuario, y del mismo modo si se hubiese dado la finca en enfiteusis, podria proceder el acreedor no solo contra el que tiene el dominio directo sino tambien contra el que tuviere el dominio util, porque todos estos derechos son capaces de hipoteca y disminuyen el valor de las herencias sobre que recaen, y el deudor no puede empeñar la condicion de su acreedor enajenando la propiedad de las cosas hipotecadas o los diversos derechos que la constituyen

XXXVII No se entoga al acreedor la cosa hipotecada, sino que se vende en publica subasta y con su precio se le hace pago de la deuda, a no ser que al tiempo de la constitucion de la hipoteca o despues haya consentido el dueño en que se la quede o la tome por su justo valor, *ley 41, tit 5, y ley 12, tit 13, Part 3*

El acreedor, en efecto, armado de su titulo ejecutivo, o procurandose lo si no lo tiene, pide directamente ejecucion contra la cosa hipotecada siguiendola hasta sentencia de remate, y declarada esta en cosa juzgada, manda el juez a su solicitud sacar la finca a publica subasta se tasa y pregona por treinta dias utiles, se fijan cedulas en los sitios publicos por tres veces, de nuevo en nueve dias utiles, que con los tres de la fijacion componen los treinta se admiten las posturas y mejoras, con tal que escedan de las dos terceras partes de la tasa, haciendose saber a los postores anteriores y al deudor se celebra el remate, y declarado en cosa juzgada, y dado el cuarto pregon, deposita el comprador el precio y se le pone en posesion de la finca, otorgando el juez a su favor en nombre del deudor venta judicial en forma. No habiendo comprador que ofrezca a lo menos las dos terceras partes de la tasa, puede el acreedor pedir que se le adjudique la finca en pago de la deuda por el valor que se le hubiere dado, devolviendo el exceso que resultare. Vease *Juicio ejecutivo*

### Extincion de la hipoteca

XXXVIII La hipoteca se estingue 1º por la perdida de la cosa hipotecada, 2º por la confusion o consolidacion; 3º por la resolucion del derecho del que la ha constituido, 4º por la estincion de la obligacion principal, 5º por la

renuncia o remision espresa o tacita que de ella hiciere el acreedor; 6º por la prescripcion

1º Cuando perece o se pierde la cosa hipotecada, es claro que se estingue con ella la hipoteca, porque siendo la hipoteca un derecho en la cosa, un accidente, un accesorio de ella, no puede subsistir sin su principal. Mas como la hipoteca recae sobre toda la cosa y cada una de sus partes, do ahí es que si la cosa perece solo en parte y no del todo, lo que se conservare quedara todavia hipotecado a la totalidad de la deuda. Si es, por ejemplo, un edificio y se destruye por efecto de un huracan, un accidente, un accesoio de ella, ó por cualquiera otra causa culpable o inculpable, continuaran siempre hipotecados el area o suelo, y aun los escombros o materiales mientras parezcan destinados para la reconstruccion del edificio, *ley 15, tit 13, y leyes 28 y 31, tit 5, Part 5*

2º La hipoteca se estingue por la confusion o consolidacion, cuando el acreedor adquiere la cosa que le estaba hipotecada, porque la hipoteca es necesariamente un derecho que tenemos en la cosa de otro para seguridad de lo que se nos debe, y no puede una misma cosa pertenecer y servir a la vez de caucion a una misma persona

Mas para que la confusion produzca la estincion de hipoteca, es necesario que la adquisicion sea irrevocable, pues si el acreedor no adquiere sino de un modo revocable la cosa hipotecada, y llegare con efecto a verificarse la revocacion, recobrara entonces su fuerza el derecho de hipoteca. Si despues que yo he comprado, por ejemplo, una casa, usa sobre ella del retracto de abolengo un pariente del vendedor, si despues que se me ha donado un olivo, se revoca la donacion por supervencion de hijos, si despues que he adquirido una viña con el pacto de *retrovendendo*, la redime el que me la vendio con esta reserva, en todos estos casos y otros semejantes renacera la hipoteca que yo tenia sobre estas fincas, porque la adquisicion que yo habia hecho de ellas se ha revocado en virtud de una causa anterior á mi contrato de adquisicion

3º La hipoteca se estingue por la resolucion o estincion del derecho del que la ha constituido, segun los axiomas de que la resolucion del derecho del que ha dado una cosa lleva consigo la resolucion del derecho del que la ha recibido, y de que nadie puede traspasar a otro mas derechos que los que el tiene. *Resoluto jus e dantis, et solvitur jus accipientis. Nemo plus juris in alium conferre potest, quam ipse habet*

Mas para entender bien esta regla y aplicarla con exactitud, es preciso hacer distincion entre la resolucion necesaria y la resolucion voluntaria, y entre la resolucion voluntaria que no puede imputarse sino indirectamente a la voluntad del poseedor de una finca, y la resolucion voluntaria que es efecto directo e inmediato de la mera voluntad del poseedor

Siempre que la resolucion o estincion del derecho que el poseedor de una finca tenia en ella, es efecto de una causa necesaria e inherente al acto o contrato de adquisicion de la finca, no puede dudarse que se resuelve, estingue y desvaneco la hipoteca que el poseedor ha constituido en la misma finca durante el tiempo de su posesion. Por eso la hipoteca constituida sobre una heredad por una persona que no tiene en ella mas que el usufructo, queda estinguida por la muerte del usufructuario y por cualquiera otra de las causas que hacen cesar el usufructo, como establece la ley 8, tit 6, lib 20 del Digesto. Por eso la hipoteca constituida por un heredero sobre una cosa legada bajo condicion a un tercero, se desvaneco tan pronto como se cumple la condicion, segun dispone formalmente la ley 13, § 1, tit 1, lib 20 del Digesto. Por eso la hipoteca constituida por un donatario sobre los bienes donados, pierde sus efectos desde el mo-

mento en que la donacion queda revocada por la supervencion de hijos al donador. Véanse los numos VII y XXI de este articulo

Cuando por el contrario la resolucion del derecho del poseedor de una finca es efecto directo e inmediato de su voluntad, permanece entonces y se conserva en ella la hipoteca constituida por el, porque no debe estar en su mano el quitar a terceras personas por mera voluntad los derechos que legitimamente han adquirido. Compras, por ejemplo, una heredad bajo la condicion de que si en el termino de tres meses te llegare a desagradar, podras deshacer el contrato. La das luego durante dicho tiempo en hipoteca a tus acreedores, y por fin arrepentido de tu adquisicion la restituyes al vendedor. ¿Subsista la hipoteca que has constituido, no obstante la resolucion del derecho que tenias en la heredad? Subsista, responde la ley 3, tit 6 lib 20 del Digesto, porque no esta en tu arbitrio anonada con tu hecho la obligacion que has contratado a favor de un tercero. La ley 4 del mismo titulo, y los §§ 1 y 8 de las leyes 21 y 42, tit 1, lib 21, nos presentan otra especie o caso de igual naturaleza. Despues de haber comprado Ticio una heredad, la obliga en hipoteca a uno de sus acreedores, apercibese luego de que es mal sana y pestilencial, y usando de la accion redhibitoria, compele al vendedor a su rescobo y a la restitution del dinero. Hacese sobre este caso la misma pregunta que sobre el precedente en cuanto a la subsistencia de la hipoteca, y las citadas leyes deciden la cuestion de la misma manera. Revocase una donacion por causa de ingratitud los bienes que el donatario ha hipotecado antes de intentarse la accion contra el, ¿vuelven al donador libres de todo gravamen? La ley 7, tit 36, lib 8 del Codice, resuelve que no. La hipoteca subsiste en ellos a favor de los acreedores del donatario. Abandona un enfiteuta el predio enfiteutico al dueño directo, ¿quedara estinguida por este abandono la hipoteca que el enfiteuta constituyo a favor de sus acreedores durante la enfiteusis? Este abandono es absolutamente voluntario de parte del que le hace su objeto directo e inmediato es resolver la enfiteusis, devolver el predio al dueño directo, y estinguen el canon o censo anual inherente á su posesion. Continuará por lo tanto aun despues del abandono la hipoteca constituida por el enfiteuta. — Se objetar a sin duda, que parece muy duro para el dueño directo, para el donador, y para el vendedor contra quien se usa de la accion redhibitoria o de la reserva de rescindir la venta, el verse obligado a mantener una carga en cuya imposicion no ha tenido parte, y que habiendo sahido de sus manos libre la heredad, debe asimismo volver a ellas libre de todo gravamen. Mas estas consideraciones no se tienen por bastante fuertes para producir de derecho la estincion de las hipotecas constituidas por el enfiteuta, por el donatario y por el comprador en los supuestos casos, y solo sirven para dar al vendedor, al donador y al dueño directo la accion de compele al comprador, al donatario y al enfiteuta a exonerar la finca y devolverla libre de toda carga, *ley 45, § 8, y ley 21, § 1 tit 1 lib 21 del Digesto*

Cuando en fin la resolucion del derecho del poseedor de la cosa no es sino un efecto indirecto y remoto de su voluntad, se estingue entonces absolutamente la hipoteca, como en el caso de resolverse el citado derecho en virtud de causa necesaria. Asi es que si habiendo estipulado un vendedor que en el caso de presentarse dentro de cuatro meses quien le ofierca mayor precio ha de quedar nula la venta se pone entantanto el comprador en posesion de la cosa que con este pacto le ha sido vendida, y la obliga en hipoteca a su acreedor, y antes de cumplirse los cuatro meses ofrece un tercero mayor precio, de modo que la primera venta queda nula se resolvara igualmente y quedara sin efecto la hipoteca constituida por el primer comprador, *ley 4, § 3, tit 2,*

lib 18, y ley 5, tit 6, lib 20 del Digesto Asi es que si un enfiteuta incurre en comiso de su heredad por no pagar el canon, se desvanecen las hipotecas que antes de su espulsión hubiere impuesto en ella, ley 51, tit 1, lib 20 del Digesto Asi es tambien que revocandose una donacion entre vivos por inexecucion de las cargas o condiciones con que se ha hecho, los bienes donados habrán de volver al donador libres de las hipotecas con que los hubiere gravado el donatario Asi es por ultimo que si uno hipoteca a su acreedor una heredad que acaba de comprar, y el vendedor despues obtiene la rescision de la venta por falta de pago del precio o por causa de lesion, se resolverá tambien la hipoteca Es cierto que en estos cuatro casos podia el poseedor de la cosa evitar la resolucion de sus derechos tomando a su cargo en el primero la puja o mejora de precio, pagando en el segundo los roditos o pensiones que debia, cumpliendo en el tercero las condiciones o cargas con que se le habia hecho la donacion, y satisfaciendo en el cuarto el precio convenido o el suplemento necesario para cubrir el verdadero valor de la cosa mas en ninguno de ellos se propone directamente anular su contrato ni manifiesta que el deseo de resolver sus derechos sea el movíl de su conducta, en la cual quizá no influye sino la falta de medios o la esperanza de hacer sucumbir a su adversario

4º Como la hipoteca es un *accessorio*, y lo accesorio no puede subsistir sin lo principal, es claro que estinguida de cualquiera modo la deuda u obligacion para cuya seguridad estaba constituida, debe cesar y estinguirse al mismo tiempo la hipoteca, sin que pueda sobrevivir a la deuda, ley 38, tit 15, Part 5

Mas como la hipoteca es indivisible en sus efectos, es necesario para que se verifique su estincion, que la deuda u obligacion principal se haya estinguido por entero, pues si solo se pagase, por ejemplo, una parte de la deuda, la hipoteca continuaria sin alteracion por el resto sobre toda o todas las fincas que le estaban sujetas, ley 19, tit 1, lib 20 del Digesto, y ley 45, tit 15, Part 5

Si estando hipotecada una misma cosa a dos acreedores diferentes, se diere al primero en pago por el deudor, tendra facultad el segundo para recobrarla del primero pagandole la deuda, y podrá ejercer en ella su derecho hipotecario, ley 46, tit 15, Part 5

Si un fiador constituye hipoteca sobre sus bienes para seguridad de su obligacion, y despues llega á ser heredero del deudor o el deudor de el, quedará estinguida la fianza por la confusion, porque nadie puede ser fiador de si mismo, pero continuara subsistiendo la hipoteca, pues que por el hecho de haberse constituido para seguridad de la obligacion procedente de la fianza, se supone constituida tambien para seguridad de la obligacion o deuda principal que permanece siempre, ley 38, § 8, tit 3, lib 46 del Digesto

5º Aunque la hipoteca no puede sobrevivir a la obligacion principal, por no ser mas que un accesorio de ella, puede por el contrario subsistir la obligacion principal y quedar estinguida la hipoteca Asi sucede cuando el acreedor hace renuncia o remision de su derecho de hipoteca, sin perdonar al mismo tiempo la deuda Esta remision o renuncia puede ser espresa o tacita sera espresa cuando se verifica por medio de algun acto en que el acreedor formalmente manifiesta que renuncia o remite el derecho que tiene sobre la cosa hipotecada, y sea tacita, cuando se deduce o infiere de ciertos hechos, como por ejemplo cuando el acreedor, libre de miedo, fuerza o engaño cancela ó rompe o devuelve al deudor la escritura de la constitucion de hipoteca, ley 40, tit 15, Part 5

Tambien se entiende que hace renuncia tacita de su derecho de hipoteca el acreedor que presta su consentimiento para que el deudor enajene la cosa hipotecada, o que no

habiendo intervenido en la enajenacion la sprueba o ratifica despues, sin reservarse su derecho Si *in venditione pignoris consenserit creditor*, dice la ley 4, § 1, tit 6, lib 20 del Digesto, *vel ut debitor hanc rem permittet, vel donet, vel ut dolent del, ducendum est pignus liberari nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditionem vel ceteris Sed et si non concesserit pignus venditari, sed ratam habuit venditionem, idem est probandum* Y aun la ley 188, tit 17, lib 50 del mismo Digesto, coloca esta disposicion entre las reglas del derecho *Creditor, qui permittit rem venire, pignus dimittit* La razon es que como el deudor no tiene necesidad del consentimiento del acreedor para enajenar sus bienes con el gravamen de las hipotecas, no puede suponerse pedido ni dado para otro fin sino para que resulte remilido el derecho hipotecario Mas si la enajenacion consentida o aprobada por el acreedor se anulase o rescindiese o revocase o resolviere por cualquiera causa, se conservaria o resucitaria el derecho de hipoteca, porque se presume que el acreedor no consintio en la estincion de su derecho sino en vista de una enajenacion valida y subsistente de la cosa que le estaba hipotecada, y porque asi como el deudor recobra su antiguo derecho, debe tambien el acreedor recobrar el suyo, ley 4, § 2, y ley 10, tit 6, lib 20 del Digesto

Ticio, que tenia hipotecados todos sus bienes presentes y futuros, enajeno una de sus fincas con permiso del acreedor, y luego la volvió a adquirir por efecto de un nuevo contrato, como por compra o donacion, ó bien por sucesion o legado esta finca que volvió así a formar parte de los bienes del deudor, recayó tambien por el mismo hecho en el gravamen de la hipoteca general Grande controversia hubo sobre esta cuestion entre los jurisconsultos romanos pretendian unos que el derecho hipotecario del acreedor sobre esta finca se renovaba por el hecho de su retorno a manos del deudor, porque este retorno debia reputarse y era en realidad una nueva adquisicion, pues que la finca no volvía a manos del deudor por haber estado ya en ellas, sino que este la adquiría como cualquiera otra que nunca hubiera sido suya mas otros sostenian por el contrario que el acreedor, por el hecho de haber consentido o aprobado la enajenacion de la citada finca, habia renunciado su derecho de hipoteca sobre ella de un modo absoluto y definitivo Justiniano corto la contienda, sancionando la opinion de estos ultimos *Nobis autem visum est*, dice en la ley 11, tit 26, lib 8 del Codice, *eum qui semel consensit alienationi hypothecae, et hoc modo suum jus respuit, indignum esse eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietari* Nuestros autores, y especialmente el de la Cuita Filipica, lib 2, com teor, v cap 3, n 5, han adoptado esta decision, aunque la razon que da Justiniano puede calificarse de falsa, y se presenta por cierto con mas fuerza la de los adversarios, como que apenas hay persona que enterada de la cuestion no la resuelva naturalmente con arreglo a las ideas que estos manifestaban

Finalmente, segun la ley 12, tit 6, lib 20 del Digesto, si un primer acreedor hipotecario presta su consentimiento para que el deudor hipoteque a otro acreedor la cosa hipotecada, se entiende que renuncia de un modo absoluto su derecho de hipoteca v no solamente su prioridad, de suerte que en el caso de haber otros acreedores intermedios, podrán tambien estos aprovecharse de esta renuncia, porque como el deudor no necesita del consentimiento del primer acreedor para constituir a favor de otro nuevo una hipoteca que no habria de tener lugar sino despues de la primera, no parece que el primer acreedor presta su consentimiento sino con intencion de remitir su hipoteca *Paulus respondit*, dice la ley, *Semper omnium antiquiorem creditorum consentientem cum debitor eandem rem tertio creditorum abigat*, y

*ius suum pignori remississe videtur, non etiam tertium in locum eius successisse et ideo iudex creditoris meliorem causam effectam* Mas, aunque esta sea la regla general, es necesario sin embargo examinar en cada caso por las circunstancias la verdadera intención que tuvo el primer acreedor al consentir la constitución de la segunda hipoteca, pues tal vez quiso ceder al nuevo acreedor tan solo su derecho de prioridad y no su derecho hipotecario, en cuyo caso, satisfecha la deuda del segundo, podrá el primero perseguir la cosa hipotecada, como establece la ley 12, § 4, tit 4, lib 20 del Digesto

6º La hipoteca se extingue por la prescripción, de suerte que el acreedor que no hace uso de su acción hipotecaria dentro del tiempo marcado por la ley, pierde su derecho de hipoteca y no puede ya reclamar la cosa hipotecada para el pago de su deuda. Y ¿cual es el tiempo marcado por la ley para reclamar la cosa hipotecada? La ley 27, tit 29, Part 3, y la ley 39, tit 15, Part 8, hacen distinción entre el caso de que la cosa hipotecada se halle en manos del mismo deudor o de sus herederos, y el caso de que haya pasado a las de un tercer poseedor a quien se hubiese enajenado. Si el acreedor a quien fue hipotecada la cosa no la demandare al tercer poseedor de buena fe dentro del término de diez años estando presente en la tierra, o dentro de veinte hallándose en otra parte, no podrá demandársela después, y sabiendo el tercer poseedor que la cosa estaba hipotecada, podrá pedírsela el acreedor dentro del término de treinta años mas en el caso de que la cosa hipotecada permanezca o se encuentre en poder del deudor o de su heredero o de alguno a quien el mismo deudor la hubiese hipotecado posteriormente, tendrá entonces el acreedor para reclamarla el término de cuarenta años. Así pues, según las citadas leyes de las Partidas, se prescribe o extingue la acción hipotecaria por diez años entre presentes y veinte entre ausentes con respecto al tercer poseedor de buena fe, por treinta años entre presentes o ausentes con respecto al tercer poseedor de mala fe, y por el espacio de cuarenta años con respecto al deudor o su heredero o a otro cualquiera que poseere la cosa en nombre del deudor. Pero la ley 63 de Toro, que es la ley 3, tit 8, lib 11, Nov Rec, señala indistinta y generalmente a la acción hipotecaria la duración de treinta años, sin hacer diferencia alguna entre el caso de que la cosa hipotecada permanezca en poder del deudor o de sus herederos, y el caso de que haya pasado a poder de cualquier extraño que la posea con buena o mala fe. La prescripción empieza a correr desde el día en que el deudor se constituye en mora, y puede interrumpirse por los mismos actos que cualquiera otra prescripción. Véase *Prescripción de acciones*

**HIPOTECABLE** Lo que se puede hipotecar, o es susceptible o capaz de hipoteca. Véase *Hipoteca*, n VII

**HIPOTECAR** Asegurar algún crédito con bienes que sean suficientes para su pago, u obligar los bienes para el cumplimiento de lo que se promete dar o hacer

**HIPOTECARIO** Lo perteneciente o relativo a hipoteca y así se aplica al acreedor que tiene derecho de hipoteca, al crédito que está asegurado con hipoteca, y a la acción que tiene el acreedor para hacer vender la cosa que se le ha hipotecado a fin de obtener con su importe el cobro de la deuda

## HO

+ **HOJA SUELTA** Se entiende por hoja suelta cualquier impreso que se publique sin los requisitos que se exigen para los periodicos, y que no exceda de la marca del papel sellado, con tal que contenga alguna noticia o artículo que tenga relación con la política. *Art 17 del decr de 10 de abril de 1841*

**HOLGAZAN** El vagabundo y ocioso que no quiere trabajar. Véase *Ociosidad y Vagos*

**HOLÓGRAFO** Aplicase al papel, documento, disposición, y con mas especialidad al testamento que esta enteramente escrito y firmado de la mano del que le ha hecho ó otorgado. *Holographum, apud Festum, appellatur testamentum, quod totum manu testatoris scriptum est et subscriptum*

**HOMAGIO** Voz del lenguaje feudal, que significa sumisión de un hombre a otro, o prestación de juramento de fidelidad, y mas comunmente se dice homenaje

**HOMBRE** Todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad o su sexo. *Hominis appellatione, dicitur la ley 152, tit 16, lib 30 del Digesto, tam feminam quam masculum contineri non dubitatur. Cum hominem dicimus, añade Alciato con arreglo a la ley 3, § 1, tit 29, lib 43 del mismo Dig, quemcumque contineri constat, non solum sive masculus, sive femina sit, sed sive liberi, sive servus, sive pubes, sive impubes*

De aqui es que en las leyes no suele usarse sino de la palabra *hombre* para designar el sexo masculino y el femenino, y cuando la ley se dirige al primero, se entiende que habla tambien con el segundo, a no ser que el contenido de la ley manifieste lo contrario. *Præsumitur sermo in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque pertinetur, ley 190, tit 16, lib 30 del Digesto*. Usamos, dice la ley 6, tit 33, Part 7, a poner en algunas leyes de este nuestro libro, diciendo todo hombre que tal cosa ficiere, haya tal pena. Et entendemos por aquella palabra que el defendimiento pertenesc tambien a la mujer como al varon, aunque non fagamos hi eminente della, fueras ende en aquellas cosas que señaladamente les otorgan mejoría las leyes deste nuestro libro.

El hombre en su acepción general y considerado según el estado natural, es o nacido o solo concebido, varon o hembra, mayor o menor de edad. Mas considerado según su estado civil, es o libre o esclavo, noble o del estado general, clérigo o lego, vecino o transeunte, natural o extranjero, padre o hijo de familia. Véase *Estado de las personas*

En una acepción mas estrecha se toma la palabra *hombre* por *varon*, y entonces se contrapone a hembra o mujer. Aunque ordinariamente y en caso de duda no se entienden concedidas al hombre mayores ventajas que a la mujer, es cierto sin embargo que la diferencia de sexo hace a veces diferente su condición en el derecho. El hombre no desarrolla su cuerpo ni su inteligencia tan pronto como la mujer, pero llega por fin a un grado mas alto de fuerza física e intelectual. De aqui es que si el hombre tarda mas a hacerse capaz del matrimonio y de algunos actos civiles, y la mujer queda luego en un estado mayor de flaqueza y fragilidad, tambien después es mas ventajosa la condición de aquel, y la de esta menos onerosa. Solo el hombre es admitido, por ejemplo, a las dignidades y cargos públicos por su mayor prudencia, constancia y tesón, y la mujer encuentra a veces una excusa en la debilidad de su sexo, de modo que no le causa perjuicio la ignorancia de las leyes. Véase *Mujer*

**HOMBRE BUENO** Por hombre bueno se entiende en derecho el juez ordinario del distrito, y de ahí es que siempre que se halla escrito en ley o contrato que alguna cosa se ha de librar por albedrío de hombre bueno, se entiende que ha de librarse o decidirse por el juez ordinario. Así lo establece la regla 51, tit 34, Part 7 (1). Mas ahora no suele enten-

(1) En el juicio de conciliación se entiende por hombres buenos los dos que se nombran, uno por cada parte, para que asociándose con el alcalde constitucional, le aconsejen en su fuero conciliatorio. art 1, cap 3 del decreto de 9 de octubre de 1842. Esto mismo se entiende en los juicios verbales cuando se celebran ante los alcaldes. art 6, cap 3, del decreto citado

dese por hombre bueno sino el arbitro o arbitrador a quien cometen las partes la decision de algun negocio

Llamabase tambien hombre bueno cualquiera de los individuos del estado general que pagaba pechos y tributos reales, a diferencia del noble o fijodalgo que estaba esento de ellos

Hombre bueno se denominaba igualmente todo hombre adornado de las calidades necesarias para dar testimonio en juicio « En todo pleito, dice la ley 1, tit 8, lib 2 del Fuero Real, vala testimonia de dos homes buenos »

Eran asimismo conocidas con el dictado de hombres buenos ciertos sujetos de honradez e integridad que habia distribuidos en los pueblos por collaciones, esto es, por barrios o parroquias, y que en union con el alcalde nombraban tres de su mismo seno para hacer en el termino de seis dias la pesquisa y averiguacion de los homicidios y de las personas que los habian cometido, cuando no habia acusador o no se sabia quien fuese el delincuente. Presentadas las pruebas por los tres hombres buenos, debian los alcaldes dar su sentencia dentro tres dias Ley 3, tit 8, lib 2 del Fuero Real Parece que estos hombres buenos suplían en los pueblos la falta de escribanos, pero aun despues de la creacion de estos ultimos permanecieron todavia mucho tiempo en el ejercicio de sus funciones

Hombres buenos se decian en fin los sujetos mas distinguidos, como aparece, entre otras, de la ley 19, tit 15, Part 2 en que se manda que asistan al entierro del rey « los homes honrados, asi como los perlados et los otros ricos homes, et los maestros de las ordenes et los otros homes buenos de las ciudades et de las villas grandas de su señorio »

† Cuando a falta de escribano practique el hombre bueno algunas diligencias de orden de los alcaldes, jueces de primera instancia o personas particulares, cobrara por ellas dos terceras partes de los derechos que se señalan a los escribanos *Art 1.º de las ordenes jud de 22 de mayo de 1845*

**HOMICIDIO** u **HOMICILLO** Antiguamente era lo mismo que homicidio, y con mas particularidad se designaba con esta palabra cierta pena pecuniaria en que incurria el que llamado segunda vez por juez competente porque resultaba reo de algun delito digno de pena capital, no comparecia en el juzgado y daba lugar a que se sentenciase su causa en rebeldia, con arreglo a la ley 1, tit 37, lib 12, Nov Rec Esta pena en lo antiguo consistia en seiscientos maravedis, que son treinta y cinco reales y algunos maravedis de vellon, pero paso por necesidad a ser arbitraria, como todas las demas condenaciones pecuniarias establecidas en las antiguas leyes, por efecto de la disminucion del valor de la moneda, y por fin se ha suprimido en la practica

**HOMENAJE** Voz feudal que segun unos se deriva por contraccion de las palabras latinas *hominem agere*, porque quien presta homenage, se dice que se hace hombre de otro, y segun Covarrubias, dimana de dos voces griegas que equivalen a *juramento santo* Como quiera que sea, por *homenaje* o *pleito homenaje* se entendia el pacto que un hombre hacia de ser fiel a otro, como si personalmente le estuviese sujeto a manera de siervo, en el cumplimiento de las cosas que le prometia dar o hacer « Homenaje tanto quiere decir, segun espresion de la ley 4, tit 25, Part 4, como tornarse huere de otro, et facerse como suyo para darle seguridad sobre la cosa que promete de dar o de hacer que la cumpla »

El homenage tenia lugar no solamente en los feudos o contratos entre señores y vasallos, sino tambien en cualesquier contratos celebrados entre particulares, ley 4, tit 25, Part 4 Prestabase en el acto de reconocer y de jurar solemnemente sumision y fidelidad al nuevo rey despues de

la muerte de su antecesor, leyes 20, 21, 22, 23 y 24, tit 15, Part 2 prestabase asi por los vasallos en la constitucion de los feudos a favor de los que los constituian, como por los fijodalgo en el acto de recibir el encargo de guardar y defender los castillos o fortalezas que al efecto les entregaban los ricos hombres, ley 4, tit 26, Part 4 y prestabase igualmente por los sucesores de algunos mayorazgos fundados con este requisito, prometiendo con juramento en manos de un caballero fijodalgo observar exactamente todas las condiciones de la ereccion, sin alterarias, tergiversarias ni interpretarias con protesto alguno, bajo la pena de incurrir en las condenaciones impuestas por derecho contra los que no cumplan el pleito homenaje

Los infractores del pleito homenaje incurrian unas veces en la pena de traidores o alevosos, y otras en la de infamia, segun los casos

**HOMICIDA** El que ha privado á otro de la vida Incurre en diferentes penas, o bien esta esento de ellas, segun la especie de homicidio que hubiere cometido Vease *Homicidio*

**HOMICIDIO** Cierta tributo que se imponia en lo antiguo a los pueblos que se negaban a entregar el reo que habia cometido en ellos o en su termino alguna muerte

**HOMICIDIO** El acto de privar a uno de la vida, o la muerte de un hombre hecha por otro « matamiento de hombre » dice la ley 1, tit 8, Part 7 Este es el mayor de los crímenes que pueden cometerse contra un individuo de la sociedad, porque se le despoja de la existencia, que es el primero y el mayor beneficio que ha recibido de la naturaleza La palabra *homicidio* se ha formado por contraccion de las palabras latinas *hominis caedes*

El homicidio se divide en voluntario é involuntario el voluntario puede ser simple ó calificado, y el involuntario puede ser culpable o inculpable sera culpable cuando se comete por imprudencia o impericia, y sera inculpable cuando es puramente casual El homicidio voluntario se dice *necesario* por la ley, cuando se comete contra un injusto agresor, de cuyas manos no podemos librar nuestra vida sino matandole

1 *Homicidio voluntario* es el que se comete a sabiendas y con intencion, esto es, con conocimiento de lo que se hace y con animo de quitar la vida Puede ser simple ó calificado *Simple* es el que no va acompañado de circunstancias que lo agraven, y *calificado* el que por razon de la persona, del lugar, del fin, del instrumento o del modo adquiere un grado de gravedad que inspira mas aversion contra el delincuente

El que comete homicidio *simple*, aunque sea en pelea o riña, incurre en la pena de muerte, pero queda esento de toda pena el que matare al que halle yaciendo con su mujer donde quiera que sea, o con su hija o hermana en su propia casa, al que encuentre llevandose una mujer forzada para yacer con ella o con quien haya yacido, al ladron que hallare de noche en su casa hurtando u horadandola, o huyendo con el hurto sin querer darse a prision, al salteador famoso de caminos que no se deja prender, al que de noche le quema o destruye sus casas, campos, árboles o mieses, al que aun de dia quisiere apoderarse por fuerza de sus cosas, al que le acometiere a el, a su mujer, o a pariente dentro del cuarto grado con cuchillo, espada u otra arma capaz de matarle, al soldado que abandonando sus banderas en el campo de batalla o pasandose al enemigo hace resistencia cuando se le quiere prender en el camino, leyes 2 y 3, tit 8, Part 7, leyes 1, 2 y 4, tit 21, y ley 1, tit 28, lib 12, Nov Rec Hav tambien otras circunstancias que si no libran de toda pena al homicida simple, contribuyen sin embargo a substituir por otra la de muerte Vease *Adulterio*,

*Agresor, En circunstancias, Defensas, Excusa, Ladrón, Incendiario, Raptos, Embriaguez, Loco*

El homicidio voluntario puede ser *culificado*, como hemos dicho, por razon de la persona, del lugar, del fin, del instrumento o del modo — Lo es por razon de la persona, cuando se comete por el padre, madre, hijo, hermano u otro pariente inmediato, por la mujer o por el marido, o en un recién nacido, o que está por nacer, o en el rey, o en un eclesiastico, magistrado, juez u otro funcionario, o bien por un juez, médico, cirujano o boticario en el ejercicio de sus profesiones. Véase *Exposición de pinto, Infanticidio, Parricidio, Boticario, Médico, Aborto, Juez, Resistencia a la justicia, Sacrilegio, y Lesa majestad* — Lo es por razon del lugar, cuando se comete en la iglesia o en el cementerio, ó en el palacio del rey, y aun en la corte o su rastro Véase *Sacrilegio y Palacio del rey* — Lo es por razon del fin con que se causa, como cuando se hace robando en un camino, en cuyo caso incurre el ladrón homicida en las penas de muerte y de confiscacion de la mitad de sus bienes, *ley 9, tit 21, lib 12, Nov Rec* — Lo es por razon del arma o instrumento, como si se hace con escopeta, fusil o pistoleta, en cuyo caso aun cuando solo se hiere, el agresor es tenido por alevoso, y pierde todos sus bienes, la mitad para el fisco y la otra mitad para el herido o herederos del muerto, *ley 12, tit 21, lib 12, Nov Rec* — Lo es finalmente por razon del modo, como si se comete premeditadamente, a traicion o con alevosia, acechando en algun paraje a su enemigo, disfrazandose o valiendose de alguna otra industria, cogiendole desprevenido, ahogandole, ahorcandole, dandole veneno, o bien en desafio, o incendiando la casa en que se encontrare El homicidio *alevoso*, que es el que se hace a muerte segura, esto es, sin pelea, guerra o riña, se castiga con la pena capital, la de ser arrastrado, y la confiscacion de la mitad de los bienes, y el homicidio *a traicion*, con las mismas penas de muerte y arrastramiento y confiscacion de todos los bienes, *ley 2, tit 21, lib 12, Nov Rec* Véase *Alevosia, Asesinato, Envenenamiento, Herida, Ahogado, Ahorcado, Incendiario y Confiscacion* El homicidio cometido en duelo o desafio, y aun el duelo mismo aunque no resulte muerte ni herida, lleva consigo la pena capital y la confiscacion de bienes, sin contar las penas gravísimas que se imponen á los interventores y testigos y aun a los jueces morosos, pero estos delitos no se castigan con el rigor que prescribe la ley, y aun el mer o desafio suele quedar impune Véase *Duelo y Confiscacion*

Son tratados como homicidas — 1º el que hiriere a otro por asechanzas, aunque el herido no muera de la herida, *ley 3, tit 21, lib 12, Nov Rec* — 2º el que hiriere á otro en la corte y dentro de su rastro, *ley 5, d tit y lib*, bien que no esta en observancia esta ley por lo que hizo al que hiere y no mata — 3º el que hiriere a alguna persona, disparando arma de fuego o tirando con ballesta dentro de poblado, *ley 11, d tit y lib* — 4º el que luere con arcabuz o pistoleta, *ley 12, d tit y lib* — 5º el que castiga o manda castigar a otro, *ley 13, tit 8, Part 7* — 6º el que diere a sabiendas armas a un colerico, embriagado, enfermo o demente que se las pidiere para matarse o matar a otro, y en efecto llevarle á cabo su intento, *ley 10, d tit y Part* — 7º el que compra o vende o proporciona veneno a sabiendas para matar, *ley 7, d tit y Part*

II *Homicidio por imprudencia o impericia* es el que se comete, no con designio de matar, sino por falta de cuidado o de ciencia Hay homicidio por *imprudencia*, cuando riñendo dos personas quitan la vida sin querer á otra que se acerca, cuando algun embriagado hace por estarlo alguna muerte, cuando el padre castiga al hijo, el maestro al discípulo, y el amo al criado, de manera que el castigado muere de las heridas o de los golpes, cuando alguno cortando arboles,

labrando casas o corriendo a caballo en camino o calle pública de paso acostumbrado, causa la muerte de algun transeunte por no avisar oportunamente á los pasajeros para que se guarden, cuando empujando uno a otro por juego, le ocasiona la muerte a resultas de la caída o de otro modo; cuando teniendo uno la mala costumbre de levantarse dormido y tomar armas para herrar, no advierte de ella a los compañeros que duerman con el, para que se precavan, y por fin en otros casos semejantes en que no interviene malicia alguna sino solo culpa o negligencia

Hay homicidio por *impericia*, cuando el medico diere al enfermo medicina tan fuerte que le mata cuando el cirujano en la curacion del herido o llagado se conduce de tal modo que le causa la muerte, y cuando alguno para hacer embarazada a una mujer le suministra yerbas u otra cosa de que llega a fallecer

En el homicidio por imprudencia se halla prescrita por las leyes de Partida la pena de cinco años de destierro a una isla, y en el homicidio por impericia la misma pena de destierro y ademas la de privacion de oficio, *leyes 6 y 9, tit 8, Part 7* mas parece que las leyes 6 y 7, tit 17, lib 4 del Fuero Real, que son las leyes 13 y 14, tit 21, lib 12, Nov. Rec, solo quieren que se imponga pena pecuniaria segun la mayor o menor gravedad de la culpa Los tribunales, sin embargo, combinando las leyes del Fuero Real y las de las Partidas, condenan al reo en cada caso a la pena que crean mas proporcionada segun las circunstancias

III *Homicidio casual* es el que se ejecuta por mero accidente o caso fortuito sin culpa ni falta alguna del que lo causa, como si corriendo uno a caballo en lugar destinado para ello, se atravesase improvisamente alguna persona y muriese atropellada, o como si cortando arboles, ó haciendo algun edificio, y avisando con oportunidad a los pasajeros que se guardasen, cayere sobre alguno de estos arbol, piedra, teja u otra cosa que le mate Como en el homicidio puramente casual no hay delito ni cuasi delito, pues se supone que no hay malicia, descuido ni imprudencia, no puede imputarse a persona alguna, ni por consiguiente imponerse pena bien que en estos casos y otros semejantes debiera jurar el homicida que la muerte fue casual, y probar con testimonio de hombres buenos que no tenia enemistad con el muerto, pues sin tal prueba y juramento sera tenido por sospechoso de malicia, y digno de pena arbitraria, *ley 8, tit 8, Part 7, y ley 7, tit 17, lib 4 del Fuero Real* — Algunos adoptan la division de homicidio casual sin culpa, y homicidio casual con culpa, pero este segundo no es puramente casual, sino el cometido por imprudencia o impericia

IV *Homicidio necesario* es el que se comete por defender su propia vida, y se llama necesario o por premia porque no se puede evitar sino a riesgo de perecer, *ley 16, tit 6, Part 1* Si algun injusto agresor me acomete llevando en la mano cuchillo desenvainado, espada, palo, piedra u otro instrumento con que puede matarme, no he de esperar a que me hiere antes, pues podria suceder que al primer golpe me quitase la vida tengo derecho para prevenir su accion rechazandole y aun dandole la muerte, si no puedo conservar mi persona de otro modo, *ley 16, tit 6, Part 1, y ley 2, tit 8, Part 7* *Defensor propriae salutis in nullo peccato videtur, si aggressorem occiderit, modo illud fuerit factum cum moderamine inculpatae tutelae, id est, modo qui occidit, vitis periculum aliter non potuisset effugere* No incurro pues en pena alguna si por guardar mi vida me veo en la necesidad de quitarla a mi contrario, pero si puedo salir del lance sin peligro y sin deshonor, huyendo, dando voces, recurriendo a la proteccion del juez o de otra persona, o hiriendo al agresor sin causarle la muerte, incurrire por mi exceso en alguna pena ordinaria y proporcionada a la

culpa Si nadie ha presenciado el lance, se tendran en consideracion las circunstancias de las personas y del caso, la especie de instrumento y otras particularidades para calificar de necesario o escusivo el homicidio, aunque siempre que conste que un hombre ha quitado a otro la vida por defenderse, como es difícil justificar si se escudó o no en su defensa, se le tendrá que escusar mientras no se pruebe que abuso de las circunstancias para cometer un verdadero crimen

También se reputa necesario el homicidio ejecutado por salvar la vida de las personas que nos están unidas con los lazos de la sangre y de la naturaleza, esto es, de nuestros ascendientes y descendientes y de nuestros parientes colaterales hasta el cuarto grado y aun de nuestros amos, en caso de que no hubiere otro medio de librarlos del peligro, *ley 1, tit 21, lib 12, Nov. Rec.* lo es con más razón el que hiciera el marido por salvar a la mujer y la mujer por salvar al marido, pues que ambos son tenidos por una misma persona lo es asimismo el que una mujer cometiére en defensa del honor que un atrevido quisiera quitarle con violencia, y si no necesario será cuando menos escusable, y tal vez laudable, el cometido por un tercero en defensa de cualquiera persona injustamente atacada. *Vease Defensa y Auxilio contra el injusto agresor*

= *Vease Cadaver*

**HOMICIDIO DE SI MISMO** *Vease Suicidio*

**HOMICIDIO PRONITORIO** El homicidio alevoso

**HOMOLOGACION** Palabra que significa consentimiento o aprobación. Llamase homologación el consentimiento tácito que dan las partes a la sentencia arbitral cuando dejan pasar diez días desde su pronunciamiento sin contradecirla, y la confirmación que da el juez a ciertos actos y convenciones para hacerlos más firmes, ejecutivos y solemnes

**HONESTIDAD PUBLICA** Cierta especie de parentesco de afinidad que nace de los esponsales válidos y del matrimonio rato, produce impedimento dirimente entre la desposada y los parientes del desposado y entre el desposado y los parientes de la desposada. En los esponsales comprende solo el primer grado, y en el matrimonio rato llega hasta el cuarto inclusive, contandolos siempre según la computación canónica, que es la que se sigue en materia de matrimonios. Si celebró pues esponsales con María, ya no podrá casarse después con su madre ni con sus hermanas, ni ella con mi padre ni con mis hermanos, y si contraje con la misma matrimonio rato, aunque ella muriese luego antes de consumarlo, no podía contraer otro con ninguna de sus parientes hasta el cuarto grado, por razón del impedimento de pública honestidad. *Vease Impedimento dirimente*

**HONESTO** Lo que es decente, decoroso, razonable y justo. El primer precepto de la justicia, según la *ley 3, tit 1, Part 3*, es que el hombre viva *honestamente*, esto es, que no haga cosa alguna que repugne a las buenas costumbres y al decoro público, aunque no este prohibida espresamente por las leyes. No solo hemos de atender a si una cosa es lícita o no está prohibida, sino también a si es honesta. *Non solum quid licet, considerandum est, sed et quid honestum sit*, como dice la regla 197, tit 17, lib 50 del Digesto. No todo lo que es lícito, es también honesto. *Non omne quod licet, honestum est*, como dice la regla 144. Se dice lícito lo que las leyes no castigan, pero si no es honesto, lo castiga la sanción popular. De aquí es que lo que no es honesto, no es tampoco útil. *Nihil utile* (dice Cicerón, *De offic*, lib 3), *quod idem non honestum, nec quia utile, honestum est, sed, quia honestum, utile*

**HONOR** Cierta renta que señalaba el rey á los ricos hombres o caballeros en algunos lugares de su señorío, como cuando les daba todas las rentas de alguna villa o cas-

tulo, sin el gravamen de que le suviesen a su costa ó con cierto número de tropas en la guerra, aunque con la condición tácita de servírselo con lealtad, *ley 2, tit 26, Part 4*. Este honor o señalamiento de renta llevaba consigo el señorío, o sea el gobierno de la villa, castillo o lugar, con el ejercicio de la jurisdicción civil y criminal, y se conservaba en la persona del agraciado durante su vida, mientras no daba motivo para que se le quitase. *Vease Alfoz*

**HONOR** La acción o demostración exterior por la cual se da a conocer la veneración, respeto o estimación que alguno tiene por su dignidad o por su mérito — la gloria — la buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea, — la honestidad y recato en las mujeres, y la buena opinión que se granjean con estas virtudes. *Vease Injuria*

**HONORES** Las dignidades, cargos o empleos; y así se dice aspirar a los honores de la república, de la magistratura, de la milicia, etc., — y el título o preeminencia que se concede a alguno de poderse nombrar en alguna dignidad o empleo como si realmente le tuviera, aunque le falte el ejercicio y no goce de ellos, y así se dice que N. goza honores de magistrado, de intendente, de consejero, etc. *Vease Honorario*

**HONORARIO** Dicese del que tiene los honores, prerrogativas y distinciones, y no la propiedad ni el ejercicio de alguna dignidad o empleo, como magistrado honorario, intendente honorario. Los honores de la toga no se debían sino por circunstancias muy especiales, y siempre oyendo a la audiencia o tribunal de que habían de concederse. Para los honores de la toga con antigüedad, además del mérito o servicio especial por que debían concederse, habían de concurrir en el que los solicitase los requisitos que se exigen para la toga misma, y en los honores sin antigüedad se procedería también con la mayor conformidad posible a lo que se exige para la toga. *Real decreto de 20 de diciembre de 1836*. *Vease Ministros*

Observadas puntualmente estas razonables disposiciones, habrían conservado en la carrera judicial un premio y estímulo tanto más apreciables, cuanto que hubieran significado méritos o servicios peculiares á ella, pero hubo tal profusión en las concesiones, y se extendieron a premios servicios tan inconexos con la magistratura, que sobre no ganar nada el prestigio de esta, se trastornaban á cada paso sus consideraciones jerárquicas en actos oficiales. Por estos y otros inconvenientes que se hacían sentir, se espidió en 19 de setiembre de 1846 el real decreto siguiente, que también se comunicó a las posesiones ultramarinas y rige en ellas como en la península e islas adyacentes

« Temiendo en consideración las razones que me ha expuesto mi Ministro de Gracia y Justicia, conformes con el parecer de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y con lo propuesto por mi Fiscal del mismo Tribunal, sobre la conveniencia de prohibir la concesión de honores de la toga he venido en decretar lo siguiente

Artículo 1º En lo sucesivo no se concederá ninguna clase de honores de la magistratura

2º Tampoco se hará ninguna declaración de que los servicios prestados en un destino de judicatura se entiendan como hechos en Juzgado de mayor graduación

3º Me reservo atender al mérito y premiar los buenos servicios de los empleados y funcionarios de la administración de justicia por los medios establecidos para las demarcaciones del Estado, o por los que mi Gobierno creyere conveniente proponerme »

Desde la fecha de la anterior prohibición no se han concedido por Gracia y Justicia honores ni consideración superior al empleo efectivo, pues si bien se observa en alguno-

nombramientos la clausula de *con la consideracion de ascenso, termino, etc.*, es porque el nombrado habia hecho servicios en la calidad que espresa su provision antes del decreto de 19 de setiembre de 1845, que cerró la puerta a tales gracias sin anular las concedidas.

La misma prohibicion absoluta de concederse honores en la carrera judicial del departamento de la guerra, se hizo en 26 de diciembre de 1846 por el real decreto siguiente

« Suprimidos los honores de la toga en la magistratura civil, y los de ministro del tribunal supremo de justicia, en consecuencia natural que cuantos por aquel medio hubieran aspirado á una consideracion mas elevada que la de los destinos que sirvan ó la profesion que ejerzan, procuren buscarla en la militar. No es extraño por lo mismo, se multipliquen tanto las solicitudes a los honores de auditor de guerra cuyo empleo en la carrera juridico-militar corresponde al de magistrado de audiencia en la cual, promovidos por personas, quienes por su carrera y antecedentes debieran considerarse muy satisfechas con un juzgado de primera instancia, y es todavía mas sorprendente que aquellos que no son ni menos pueden ser nombrados togados, ni regentes, de audiencia, ni ministros de la de Madrid, y cuyos servicios ó no salen de la esfera comun en los de su clase, ó no fueron contraidos en la carrera militar, aspiren a los de ministros del tribunal supremo de guerra y marina cuyo caracter y dignidad es al menos el de los del supremo tribunal de justicia, por la importancia, variedad y estension de sus funciones, y por la distincion y rango preeminente en que siempre estuvo y ahora esta colocado aquel cuerpo. No es esto solo, la concesion de estas gracias, facilitando a algunos subalternos de los juzgados y tribunales por razon de los honores que hayan podido obtener, mayor consideracion y caracter que sus superiores y presidentes, perpetúan así en la magistratura militar como en la civil, una anomalia repugnante y en contradiccion con aquella regularidad de orden jerarquico tan conveniente en todas las clases del Estado, como necesario en la magistratura. Entorada la Reina (q D g) de esta y otras reflexiones que le fueron espuestas por el espesado supremo tribunal, y deseando que la consideracion y prestigio de la magistratura militar y con especialidad la del supremo tribunal de la milicia española de mar y tierra, se mantenga tan digna y elevada como siempre lo estuvo, sin que quede ni aun el mas leve peligro de que pueda menoscabarse en ningun tiempo con sola la concesion de sus honores, ha venido en suprimir lo no para en lo sucesivo suprima los de auditor de guerra y los de ministro del espesado tribunal supremo de guerra y marina, a cuyo efecto es la voluntad de S. M. que no se admita ni de curso en este ministerio a solicitud ni escrito de ninguna especie, cuyo objeto sea la obtencion de los espesados honores »

**HONORARIO** El gaje, sueldo ó estipendio de honor que se da á alguno por su trabajo, ó la retribucion que se concede en recompensa de ciertos servicios. Usase la palabra *honorario*, cuando se trata de pagar a los medicos, abogados, eclesiasticos y otras personas a quienes el honor de su profesion no permite recibir salario. *Honorarium dicitur quod non mercedis nomine, sed honoris causa ulli ó et sponte alicui offertur, in remunerationem potius accepto eo beneficia quam in laboris compensationem.* Si los clientes ó interesados se niegan a dar el honorario correspondiente por el servicio que se les ha hecho, se tiene accion para exigirselo y hacerles conocer y cumplir la obligacion en que estan, como dispone la ley 14, tit 6, Part 3. *Advocato honorarii petitio est, quia ejus officium quantumvis nobilitatum esse non debet, neminem enim justa laboris sui mercede conveniri defraudari.* Pero esta accion de los abogados y demas personas solo dura tres años contados desde

que devengaron sus honorarios ó derechos, pues pasado este termino queda prescrita, y las partes no estan ya obligadas al pago, a no haberse contestado antes la demanda que tal vez se les puso, ley 9, tit 11, lib 10, *Nov Rec Véase Abogado, § VI*

**HONRADO** El que procede con honradez, y el que goza de dignidad, oficio, cargo ó empleo honorífico

**HONRAR A ESTILO DE SALA** Descócese uno ante el juez y testigos de las injurias y donuestos que hubiere dicho a otra persona. Véase *Injuria*

**HORCA** Maquina compuesta de tres palos, dos hincados en la tierra, y el tercero encima trabando los dos, en el cual a manos del verdugo mueren colgados los delincuentes condenados a esta pena. Es suplicio infamatorio, que adoptó el emperador Justiniano en su código, prescribiendo que el reo permaneciese suspenso doce horas, y que sin ceremonia ni acompañamiento se le enterrase despues en una sepultura aislada. Por razon de la afrenta que causa, no se imponía esta pena a los nobles, sino la de garrote y antiguamente la decapitacion, que se considera menos indelcorosa, de manera que ha habido hombre que no ha alegado mas prueba de su nobleza que la de haberse cortado la cabeza a su abuelo. En la China sin embargo se ahorca a los grandes, y se decapita al ciudadano ordinario. La pena de horca ha sido abolida por real cedula de 28 de abril de 1832. Véase *Garrote*

**HORCA** Antiguamente se llamaba tambien así un palo con dos puntas y otro que atravesaba, en el cual metian el pescuezo del esclavo ó persona que se queria afrentar, y para escarmiento le paseaban por las calles publicas

**HORCA Y CUCHILLO** Señales de jurisdiccion criminal, y así tener horca y cuchillo significaba en lo antiguo tener jurisdiccion para castigar hasta con pena capital. Era un derecho señorial que ha cesado con la abolicion del feudalismo

**HORRO** Se aplica al que habiendo sido esclavo ha conseguido su libertad

**HOSPICIO Y HOSPITAL** Casas destinadas para albergar y recibir los peregrinos y pobres, para criar y educar á los niños expositos, y para curar a los enfermos que carecen de medios ó facultades al efecto. Estos establecimientos de piedad tienen hipoteca tacita en los bienes de sus administradores, son preferidos a los particulares en los legados que se les dejaren, gozan el beneficio de restitucion *in integrum*, así como el de caso de corto que ahora esta abolido y en fin son considerados como menores, cuyos privilegios les estan concedidos. *Greg Lopez en la glosa 1, ley 10 tit 19, Part 6*

**HOSTERÍA** La casa donde se da por dinero alojamiento y de comer a todos los que lo piden, y en especial a pasajeros y forasteros. El dueño de la hosteria es responsable, como depositario, de los efectos robados ó perdidos en ella y si el ladrón fuere alguno de sus domesticos, ha de pagar doblada la cosa hurtada por la culpa de tener malhechores en su casa mas cesa su responsabilidad en los casos de fuerza armada, ó de otra fuerza mayor que él no ha podido evitar, ley 26, tit 8, Part 6, y ley 7, tit 14, Part 7

**HOSTILIDAD** El daño que por parte de una potencia se hace a otra estando en guerra ó antes de declararla formalmente

## HU

**HUERFANO** La persona de menor edad a quien ha faltado su padre y su madre ó alguno de los dos y especialmente el padre, *Greg Lopez en la gl 4, ley 5, tit 5, Part 5*. El huérfano que carece de padre debe estar bajo el cuidado de su tutor testamentario, legítimo ó dativo

Si alguno por composicion recoge en su casa algun huérfano desamparado, suministrándole lo necesario para su manutencion y cuidando de sus cosas mientras que le tiene en su compañía, no podrá cobrar despues las espensas, por entenderse que lo hizo movido de caridad, aunque el huérfano deba venerar y honrar á su bienhechor durante su vida, *ley 35, tit 12, Part 5*. Pero si fuese huérfana, y quisiera despues su bienhechor o alguno de sus hijos casarse con ella no siendo enfermiza ni estropeado ni de mucho mayor edad, y ella rehusare el matrimonio, quedara obligada al reintegro de los gastos causados en su crianza, *ley 35, tit 14, Part 5, con la glosa 3 de Greg Lopez, y Sala, lib 2, tit 21, n b*

La madre o abuela, tutora de sus hijos o nietos por muerte de su padre, y curadora de sus bienes, que les diere la comida, vestido y demas necesario, puede cobrar de dichos bienes estas espensas, con tal que produzcan lo indispensable para el reintegro y la manutencion de los hijos o nietos. Mas si los bienes no estuviesen en poder de la madre o abuela, aunque los hijos o nietos sean ricos, no podría recobrar los gastos hechos en su crianza y educacion sino solo en el caso de haber protestado que los hacia con calidad de reintegro, *ley 36, tit 12, Part 5*

El padrastro que entonado en su casa dandole alimentos, puede cobrarlos de sus bienes, habiendo protestado que se los daba con este animo, pero si se sirviese de el por ser ya grande, no debe recobrar los gastos hechos por razon de la persona, pues es muy justo que el servicio tenga su recompensa, sino solamente los que hubiere hecho en la recaudacion y beneficio de sus cosas, *ley 37, tit 12, Part 7*. Lo dicho del padrastro se entiende tambien, segun esta ley, de cualesquiera otros sugetos que alimentan a huérfanos estraños y recaudan sus bienes, y aun se debe añadir, que si el huérfano es tan aplicado y robusto como los criados que ganan soldada, no hay razon para que se la deje de abonar tambien el que lo tiene en su casa

**HUMAZGA** Cierta tributo que se pagaba a algunos señores territoriales por cada hogar o chimenea. Es clara la etimologia de este nombre

**HURTO** La sustraccion fraudulenta de la cosa ajena sin voluntad del dueño con animo de apropiarse el dominio, la posesion o el uso de ella. « Furo es, dice la ley 1, tit 14, Part 7 manifestia que hacen los homos que toman alguna cosa mueble ajena ascondidamente sin placer de su señor, con intencion de ganar el señorío o la posesion o el uso della » La palabra hurto se deriva de la latina *fur tum*, la qual viene de *furo*, *id est, nigro, quod fur tum clam et obreuro fiat, et plurimum nocte, vel a fraude, vel a ferendo, et auferendo*, *ley 1, tit 2, lib 47 del Dig*. El hurto solo puede recaer sobre las cosas muebles, pues solo ellas pueden ser sustraídas y trasportadas de un lugar a otro. El acto de apoderarse de las inmuebles contra la voluntad de sus dueños se llama usurpacion, invasion o intrusion

I En el modo comun de hablar se suele confundir el hurto y el robo, de manera que estas dos palabras se toman indistintamente para designar una misma cosa, pero hablando con propiedad y exactitud, hay notable diferencia entre una y otra. El hurto se hace con fraude y a escondidas, sin que tal vez se perciba el dueño hasta mucho tiempo despues de ejecutado, y el robo se comete abiertamente con violencia, intimidando al dueño o poseedor con armas o amenazas. « Furo es, dice la ley 2, tit 18, Part 1, lo que toman a excubo, el robo es lo que toman publicamente por fuerza »

Para que haya hurto, es necesario segun la definicion que la cosa sea ajena, y como no puede decirse que los bienes son absolutamente ajenos entre los individuos de una misma familia, de ahí es que si a uno le sustrae alguna cosa su hijo, su nieto o su mujer no tiene accion penal, ni pue-

de proceder en juicio contra ellos, sino contra los que los hubiesen dado ayuda o consejo, y podría recobrarla del comprador, quien perdiera el precio que dio por ella si sabia que era hurtada, y tendra derecho de pedirlo al vendedor si la compro de buena fe, *ley 4, tit 14, Part 7*. — Como el tutor o curador hace las veces de padre de su pupilo o menor, no puede tampoco ser perseguido como ladrón por haberle tomado ocultamente alguna cosa de sus bienes, pero tiene que pagar duplicado al huérfano todo cuanto le hubiere sustraído, *ley 5, tit 14, Part 7*. — El que toma u oculta algunos muebles de una herencia yacente cuyos herederos estan ausentes o se ignora quienes sean, no incurre en la pena de hurto á causa de no tener dueño dichos bienes, pero como en fin toma cosas que no le pertenecen, ademas de volverlas con los frutos que hubiese percibido, debe ser condenado á destierro en isla o a trabajos publicos o a otra pena arbitraria segun la calidad de la persona y la cantidad de lo ocultado, *ley 21, d tit y Part Véase Explotacion*

De que la sustraccion haya de hacerse contra la voluntad del dueño, es consiguiente que si uno toma la cosa de otro creyendo de buena fe que no lo llevara a mal, no comete hurto, pues que no tuvo animo de cometerlo, *ley 1, d tit y Part*.

Como el hurto se hace con el objeto de aprovecharse de la cosa hurtada, pues que ha de haber ánimo de ganar su dominio, posesion o uso, es evidente que si uno toma la cosa ajena y la destruye en el acto solo por causar daño o injuria, no ha de ser perseguido como ladrón, sino por el mal o daño que hubiese causado. *Nec enim factum queritur, sed causa faciendi*, como dice la ley 59, tit 2, lib 47 del Dig. Véase Daño

Segun se ha visto en la definicion, no solo puede recaer el hurto sobre el dominio de una cosa, sino tambien sobre el uso y la posesion. Comete hurto de uso el que usa de una cosa que no se le ha concedido para ello, y el que habiéndola recibido para usarla traspasa en el uso la voluntad del propietario, como por ejemplo el depositario que usa de la cosa depositada, el acreedor pignoraticio que usa de la prenda, el comodatario que habiendo pedido un caballo prestado para hacer un viaje a cierto punto por un dia, se sirve de el para ir a otro paraje mas distante o despues del tiempo determinado, *ley 3, tit 14, Part 7*. Comete hurto de posesion el deudor que quita clandestinamente a su acreedor la prenda que le habia dado para seguridad de la deuda, de suerte que deba restituírsela o pagarle el credito, ademas de satisfacerle la multa que el juez le impusiere, *ley 9, d tit y Part*. — Pero estas dos especies de hurto de uso y posesion apenas merecen el nombre de hurto, y efectivamente no se suele condenar a sus autores sino al resarcimiento de perjuicios

II El hurto se divide en *manifesto* y *encubierto*, y así el uno como el otro puede ser *simple* o *calificado*. Por todos se incurre en pena pecuniaria y corporal, como luego veremos. En general es de advertir, que cualquiera que sea la especie de hurto, no solo el dueño de la cosa hurtada sino tambien sus herederos pueden reconvenir en juicio al ladrón y sus herederos para que les devuelvan la cosa o su estimacion, mas la accion de pedir la pena que debe pagarse por razon del hurto no puede ejercerse contra los herederos sino solo en el caso de haberse contestado la causa en vida del delincuente y del ofendido, *ley 25, tit 1, y ley 20, tit 14, Part 7*. El ladrón o sus herederos deben restituír la cosa hurtada con todos los frutos que podría haber percibido su dueño, y con todos los daños y menoscabos que le sobrevinieron por causa del hurto, *ley 20, tit 14, Part 7*. Si por ventura la cosa hurtada se hubiese muerto o perdido, se pagara por ella el mayor valor que hubiese tenido desde

el día del hurto hasta el de la demanda, pero no se da la estimación, si la muerte o pérdida acaeció sin culpa después de haber querido volver lo hurtado a su dueño o herederos, y de haber estos rehusado el recibirlo, *ley 20*. Cuando son muchos los ladrones, cada uno está obligado a restituir o pagar la cosa hurtada al propietario, mas habiéndola entregado o satisfecho uno de ellos, no se puede pedir a los demás, *ley 20*. Véase *Acción persecutoria de la cosa, Acción penal y Acción mixta*.

Hay sin embargo un caso especial en que no se restituye la cosa hurtada, y es cuando esta consiste en pilares, piedras, tejas, ladrillos, madera u otras cosas, que el ladrón ha empleado ya en sus obras, pues por no destruir el edificio deben permanecer donde se hallan, pero se tendrá que satisfacer al dueño dos tantos de su valor, sin perjuicio de la pena correspondiente al hurto, *ley 16, tit 2, Part 3, ley 38, tit 28, Part 3, y ley 16, tit 14, Part 7*. Véase *Acción inmaterial*. — También dice la ley que el que acogiere en su casa tabures o truanes para jugar, si estos le hurtan alguna cosa, o le hicieren agravio, daño u otra injuria que no sea homicidio, no puede demandarlos ni ejercer acción alguna contra ellos, pues que todo lo debe sufrir por la culpa de admitir la compañía de unos bellacos que, usando de la tabuerna, por fuerza han de ser ladrones y de mala vida, *ley 6, tit 14, Part 7*. Véase *Juego*.

III. *Hurto manifiesto y hurto encubierto*. Se dice *manifiesto*, cuando el ladrón es cogido en fragante, esto es, cuando es sorprendido o visto con la cosa hurtada antes de llevarla y esconderla, y se llama *encubierto*, cuando el ladrón toma y se lleva la cosa a escondidas de modo que no se le sorprenda con ella. En el hurto *manifiesto* debe el ladrón restituir al dueño la cosa hurtada con sus frutos y aumentos o su estimación si se hubiese muerto o perdido, y pagarle además el cuádruplo, esto es, cuatro tantos de su valor, y en el *encubierto*, ha de volverla también del propio modo con el duplo, esto es, con dos tantos mas cuyas penas tienen también lugar contra los que dieron tal ayuda o consejo, que sin ellos no se habría ejecutado el hurto, *ley 18, tit 14, Part 7*. Es mayor la pena del hurto *manifiesto* que la del *encubierto*, porque en aquel es mayor que en este el peligro del dueño, pues los ladrones cogidos en fragante suelen en su despecho acometer con armas a los que tratan de prenderlos. Pero estas penas del cuádruplo y duplo no están ya en uso, habiendo quedado solamente el resarcimiento de daños y perjuicios. Véase *Acción persecutoria de la cosa, Acción penal y Acción mixta*.

IV. *Hurto simple o sencillo* es el que no va acompañado de circunstancia agravante. Además de la restitución de la cosa hurtada con sus frutos y aumentos y de la satisfacción de daños y perjuicios, de que se acaba de hablar en los num. II y III, quiere la ley 18, tit 14, Part 7, que el ladrón sea castigado con azotes u otra pena arbitraria de manera que sufra pena y vergüenza, mas no con la de mutilación ni la de muerte sino en ciertos hurtos y robos calificados que designa y luego veremos. La ley 1, tit 14, lib 12, Novis Recop, dispone que al ladrón mayor de veinte años, en lugar de la pena de azotes, se le imponga la de vergüenza y cuatro años de galeras por la *primera* vez, y la de cien azotes y servicio perpetuo de galeras por la *segunda*, y que el menor de dicha edad no sea echado a las galeras, sino que sea castigado conforme a las leyes del reino. La ley 2 del mismo tit y lib aumenta hasta seis los cuatro años de galeras, quiere que se impongan aun al menor de veinte años, con tal que sea mayor de diez y siete y tenga disposición para servir en ellas, y añade que las penas de los ladrones deben estenderse a los encubridores y receptadores y partícipes en los hurtos.

Mas las penas de vergüenza y azotes están en desuso, la

de galeras quedó suprimida y reemplazada por la de arsenales en pragmática de 12 de marzo de 1771, y por esta misma pragmática, que es la ley 7, tit 40, lib 12, Nov Rec, se abolió la perpetuidad de las condenas, las cuales no pueden estenderse a mas de diez años, bien que podrá ponerse en ellas la calidad de retención con respecto a los reos mas agravados. Así es que las penas del hurto son arbitrarias en el día, y suele castigarse este delito con la de trabajos en minas, presidio, arsenales u otras obras públicas por mas o ménos tiempo segun los casos, tomándose en consideración por los jueces v magistrados la especie y las circunstancias del hurto, el valor de la cosa robada, la repetición o reincidencia, la calidad de la persona a quien se hace el hurto v la del delincuente, con arreglo a lo prevenido en la ley 17, tit 14, Part 7, y en la ley 6, tit 14, lib 12, Nov Rec.

No dicen las leyes cual es la pena que debe imponerse por el *tercer* hurto que uno cometiére, pero los autores, dando la calificación de ladrón famoso al que por tres veces cometió este delito, le consideran digno de la pena de muerte, con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, v los tres sean graduados de grandes o importantes por el juez, *Aul Gomez, tom 3, Vol, cap 5 a 6* sig (1). Véase *Azotes, Galeas, Arsenales, Mutilación, Cómplice y Encubridor*.

V. *Hurto calificado* es el que va acompañado de alguna circunstancia que lo agrava. Son hurtos calificados

1º El hurto de cosa santa o sagrada cometido en iglesia u otro lugar religioso, v por el incurren en pena de muerte el ladrón, sus auxiliares, consejeros y encubridores *ley 18, tit 14, Part 7*. Véase *Auxiliador, Cómplice, Consejo y Encubridor*.

2º El hurto cometido en la corte o su rastro. La ley 1, tit 14, lib 12, Nov Rec (pragm de 25 de noviembre de 1552) impone por el primer hurto en la corte cien azotes y ocho años de servicio en las galeras, y por el segundo doscientos azotes y servicio perpetuo en las galeras, siendo el ladrón mayor de veinte años. La ley 2 del mismo título (pragm de mayo de 1566) aumenta el servicio de ocho años hasta diez, v quiere que esta y las demás penas se impongan a los mayores de diez y siete años, y se estendan a los encubridores y receptadores y partícipes en los hurtos. La ley 5 (pragm de 23 de febrero de 1734) establece que el mayor de diez y siete años, a quien se prueba haber robado a otro en la corte y cinco leguas de su rastro, entrando en las casas o acometiendo en calles o caminos, con armas o sin ellas, solo o acompañado, y aunque no se siga herida o muerte en la ejecución del delito, sea condenado en pena capital, sin arbitrio para templarla ni conmutarla en otra mas benigna — que si el reo no tuviere diez y siete años y pasare de los quince, sufra la pena de doscientos azotes y diez años de galeras, y pasados estos no salga de ellas sin real licencia — que siendo noble el delincuente, no quede por eso libre de la pena capital, sino que se le de la de garrote — que todos los que dieren auxilio cooperativo a

(1) Leyes 1, 2 y 3, tit 14, lib 12, Nov Rec, pero la 6 del mismo título y libro, declara que las penas en los hurtos simples se son arbitrarias. Mas en la república de México, por el art. 2 del decreto de 22 de julio de 1853, en los robos simples cuyo valor no pise de cien pesos, pueden los jueces imponer hasta seis meses de reclusión, servicio de cárcel, obras públicas u otras semejantes, conforme a la práctica de los tribunales, y doble tiempo en caso de reincidencia. El art. 2 de la ley de 29 de octubre de 1855, exceptúa a los ladrones rateros de la jurisdicción militar que conoce de las causas de ladrones, homicidas y sus cómplices pero tengase presente que esta ley cesó por la de 23 de mayo de 1857.

lan grave delito, sean condenados en la misma pena ordinaria de muerte como cómplices y perpetradores — que los que receptaren o encubrioren maliciosamente algunos bienes de los robados, incurran en la pena de doscientos azotes y diez años de galeras — que en esta misma pena de galeras y azotes incurran aquellos que acometiendo la ejecución del hurto no lograren su perfecta consumación por algun accidente o acaso — que si los reos de receptación y encubrimiento o de tentativa fuesen nobles, sean condenados en diez años de presidio cerrado en Africa con retención — que para la justificación del hurto e imposición de la pena capital basten la declaración de un solo testigo idoneo, aunque sea el robado, ó el cómplice confeso de sí, y purgada su infamia, y otros dos indicios o argumentos graves que conspiran al mismo fin y hagan creer prudentemente que el acusado es el perpetrador del delito — y que para evitar competencias que entorpezcan la administración de justicia, no conozca de este delito de hurto o robo dentro de la corte y su rastro sino la jurisdicción ordinaria, con inhibición de otras cualesquiera por privilegiadas que sean. La ley 3 subsiguiente (pragm. de 3 de noviembre de 1735) declara que todo hurto, calificado o no, de poca o mucha cantidad, debe estar sujeto a la pena de la ley 5, y dispone además que las causas formadas de oficio o por querrela de parte sobre hurtos, robos y latrocinios en la corte y su rastro se sustancien y determinen preissamiento en el término de treinta días. La ley 6 de dicho título y libro (resol. de 9 de abril y 23 de noviembre de 1748) determina que las penas de los hurtos simples en la corte sean arbitrarias, según y como la Sala regularé la cuantía del hurto, teniendo presente para ello la repetición o reincidencia, el valor de lo que se regularé del robo, la calidad de la persona a quien se robo, y la del delincuente, con lo demás que se halla prevenido por el derecho. En real decreto de 13 de abril de 1764 se halla resuelto que se observe la pragmática de 23 de febrero de 1734 (dicha ley 3) con tal que la cantidad hurtada llegue á cincuenta pesos, que se practique igualmente en todo el reino y corona de Aragón, y que se comprendan en la pragmática los hurtos ejecutados por los domésticos. Finalmente, por real decreto de 23 de febrero de 1765 se previene que todo hurto que llegare á cincuenta pesos y se cometiere por una o muchas personas en caminos públicos, despoblados y campos, se castigue con la pena de muerte, como igualmente el que se cometiere en las casas forzando puertas o cofres o entrando por ventanas o tejados, de manera que haya violencia, que los hurtos que se cometan en las calles de Madrid y demás ciudades y pueblos, tanto de día como de noche, se castiguen también con la misma pena de muerte llegando a la cantidad de cincuenta pesos, y que en los demás hurtos menores o de otra distinción se observe la ley de Partida.

3º El hurto de caudales, tributos o derechos reales cometido por el empleado público encargado de su recaudación o custodia, y el de los caudales del rey o del concejo, cometido por el juez durante su oficio. El juez y el empleado (que tal hurto hacen, así como sus auxiliares y encubridores, incurran en la pena de muerte pero si no fueren acusados dentro del término de cinco años desde la noticia del hurto, no se los podrá imponer la pena capital, sino tan solo la del cuádruplo o cuatro tanto, ley 18, tit 14, Part 7 Véase Encubridor y Preclado

4º El abigeato, esto es, el hurto de ganados o bestias. El abigeo o cuatrico, o sea el que hurta ganados o bestias, incurre en la pena de muerte si tiene la costumbre de hacer hurtos de esta clase o si de una vez hurtare el número que forma grey, es decir, diez o mas ovejas, cinco o mas puercos, cuatro o mas yeguas, u otros tantos animales de los que nacen de estos — el que no siendo abigeo consuetudina-

rio hurtare alguna bestia o un número de cabezas que no llega a formar grey, debe ser condenado a trabajos públicos, y el receptor o encubridor a destierro del reino por diez años, ley 19, tit 14, Part 7 Véase Abigeo

5º El hurto cometido en una casa incendiada por los que aparentan acudir á prestar socorro para la estinción del incendio o para salvar los efectos que en ella se encuentran Véase Deposito y Fuerza

6º El hurto cometido con escalamiento de edificio, pared o cerca, con fractura de pared, puerta, ventana, reja, techo, armario, escritorio, cofre, arca, cómoda, maleta, papelería o de cualquiera otra cosa cerrada, y de las sogas, correas o ataduras de cualquiera cosa atada, con abertura de agujeros o conductos subterráneos o por debajo de las puertas o paredes, o con uso de llave falsa, ganza u otro instrumento semejante, según supone la ley 6, tit 14, lib 12, Nov Rec Véase el n 2º que antecede, Fractura y Robo

7º El hurto de aperos, yuntas, o instrumentos de labor o ganadería, o instrumentos, máquinas y utensilios de las artes y oficios, cuando por su falta tiene que cesar por algun tiempo el labrador, ganadero, artista, menestral, operario u oficial en el ejercicio de su industria

8º El hurto hecho a personas necesitadas, especialmente si estas en su razón quedaren reducidas a la indigencia

9º El hurto o robo de valor de doscientos rs vn arriba cometido por el soldado dentro del cuartel, casa de oficial, dependiente del ejército o la del paisano en que este alojado, y el de armas o municiones de sus camaradas o de almacén real, parque o depósito y se castigan ambos con pena de muerte, real orden de 31 de agosto de 1772, y Ord del ejerc, tit 8, lib 10, art 89 Los demás hurtos se castigan con presidio, obras públicas y carreras de baquetas, según los casos, con arreglo a la real orden de 31 de agosto de 1772 Véase Fractura

Las leyes prodigan, como hemos visto, la pena de muerte por el hurto calificado, pero en la práctica se mira con suma escrupulosidad esta pena, y por lo regular no se impone por el hurto sino en algunos casos de extraordinaria gravedad de manera que estando por otra parte en desuso la pena de azotes, la de vergüenza y la de galeras, apenas se castiga con otra el hurto simple o calificado que con la de presidio por mas o menos años sin poder exceder de diez, ora con la calidad de retención, ora sin ella, según la mayor o menor gravedad del delito y las reincidencias del delincuente. La complicidad, el consejo, el auxilio y la receptación o encubrimiento no suelen castigarse sino con penas menos graves que las que se imponen al delito principal Véase Azotes, Vergüenza, Galeras, Arsenales, Presidio, Auxiliador, Cómplice, Consejo y Encubridor

VI Aunque todo hurto es digno de castigo, hay sin embargo algun caso en que el acto de tomar la cosa ajena no se considera propia y rigurosamente hurto, y de consiguiente no debe castigarse. Tal es el caso de extrema necesidad. Este hurto suele llamarse por los canonistas y los teólogos hurto necesario, y dicen ser cometido por una persona que de otro modo no puede librarse de la muerte con que le amenaza el hambre. El hombre constituido en extrema necesidad tiene el derecho natural y aun la obligación de conservar su vida, y por lo tanto puede para ello echar mano de las cosas ajenas cuando no las tiene propias, sin que por eso pueda decirse que comete hurto, pues que por una parte no hay fraude ni malicia alguna, y por otra se debe presumir la voluntad del propietario quien aun hallandose presente no podría rehusarse razonablemente al socorro de una persona colocada en tan terrible situación, además de que en la extrema necesidad todos los bienes se consideran comunes en cuanto al derecho de usar de ellos

para la conservación de la vida Esta doctrina no se halla expresamente sancionada por nuestras leyes, pero lo está por el derecho canónico, especialmente por el canon 26, de *consecratione*, dist 8, por el cap 3, de *furtis*, en las Decretales, por el cap 4 de las Extravagantes, tit *de regulis juris*, y por el cap *Exult*, § *Neguidquam*, de *verb signifi* ca 6 *Nec jure poli in extrema necessitate alicui ad providendum sustentationis naturæ via omnibus extrema necessitate delentis concessa præcluditur, cum ab omni lege extrema necessitas sit exempta* Y no solamente el mismo necesitado puede tomar lo ajeno en tan apurado lance, sino también cualquiera otra persona que se halla en la imposibilidad de socorrerle con lo suyo, pues que entonces obrara como instrumento del indigente

Cuando la necesidad no es *extrema*, aunque sea *grave*, no se cree lícito tomar entonces lo ajeno para salir de ella, y así es que Inocencio XI condeno con mucha razón en 2 de marzo de 1679 la siguiente proposición *Permissum est furti non solum in extrema necessitate, sed etiam in gravi* Mas si la *grave* necesidad fuere tan urgente que lleve consigo el riesgo próximo de caer en la *extrema*, como si una enfermedad grave, por ejemplo, haya de venir a parar en mortal o perpetua si no se la ataja a tiempo con el oportuno remedio, o como si uno se encuentra en peligro inminente de caer en poder de enemigos o en infamia gravísima si no se vale de un caballo ajeno para escaparse, lícito será en tales casos y otros semejantes apoderarse y servirse de la cosa de otro para evitar el mal que tan de cerca nos amenaza Sin embargo, si el dueño o el poseedor se hallare en igual necesidad, sea grave o extrema, no podemos entonces privarle de la cosa que le pertenece o que tiene en su poder, por la regla general de que en un caso igual es mejor la condición del que posee *In pari causa melior est conditio possidentis*

El que en extrema necesidad toma la cosa ajena, ¿deberá restituir la misma cosa o su importe si llegare después a mejor fortuna? Esta pregunta se hacen los teólogos y canonistas, y comunmente se responden, que si la cosa se consumió en el alivio de la indigencia, nunca estará obligado el indigente a restituirla, porque al tomarla no hizo más que usar de su derecho, y por efecto de su legítima ocupación adquirió irrevocablemente su dominio, pero que si no se consumió en dicho objeto, sino que todavía existe después de superada la necesidad, como el caballo y grito de que se ha echado mano para salvarse de enemigos, había de devolverse a su dueño sin demora, porque la extrema necesidad no nos da derecho a lo ajeno sino en cuanto sea indispensable para librarnos de ella, y es claro que en el supuesto caso solo nos era indispensable el uso momentáneo y no el dominio Mas no deja de parecer más puesto en el orden y más conforme a los principios de justicia, que aun en el caso de haberse consumido la cosa ajena en el socorro de la extrema necesidad, deba restituirse su valor al propietario por el indigente que llegare al estado de poder hacerlo, pues lo más natural es suponer que así de parte del dueño como del necesitado concurre presuntivamente la voluntad de celebrar un contrato de préstamo condicional más bien que una donación con traslación absoluta de dominio El principio de que en caso de necesidad todas las cosas se hacen comunes es demasiado peligroso para que pueda sentarse en obras de legislación o de moral es sin duda más sano y filosófico fijar el principio de que en caso de necesidad todos los hombres deben auxiliarse y socorrerse mutuamente, y sacar luego de él las consecuencias que naturalmente produce

La necesidad, la terrible necesidad, es muchas veces causa de los hurtos 'Oh gobiernos!' esclama un sabio escritor, quitad a la pobreza la necesidad de perecer en los brazos del hambre o en los del verdugo más bien que de

hacer leyes sanguinarias, cuidad de proporcionar a los subditos que carecen de renta o propiedad un trabajo útil que les suministre el sustento averiguad las causas que producen la miseria, y aplicadles las precauciones y remedios convenientes Es inútil combatir la indigencia solo con el temor de la pena el indigente cometerá todos los delitos por los cuales pueda satisfacer sus necesidades, porque ¿que pena puede haber mayor ni más próxima ni más cierta que el morir de hambre? Solo pueden prevenirse los efectos de la indigencia procurando lo necesario a los que carecen de ello, ya promoviendo y protegiendo todos los generos de industria en que puedan emplearse, y proporcionandoles ocupación dentro o fuera de establecimientos destinados al intento, va instituyendo cajas de economía en que por el atractivo de la seguridad y de la ganancia se inclinan las clases laboriosas a poner sus más pequeños ahorros para no caer en el estado de miseria, ya poniendo en planta otras medidas propias de cada país, ya por fin estableciendo a falta de otros medios una contribución regular entre las clases acomodadas, porque la pena de muerte que al fin caería sobre el pobre abandonado sería un mal más grave que la pena que tiene el rico cuando se le quita una parte limitada de su sobrante

Los Egipcios, que creían inevitables los hurtos, llegaron a adoptar el absurdo de tolerar los ladrones, así como en algunos pueblos civilizados se toleran las mujeres públicas, y anotándolos en registros o padrones los obligaban a dar cuenta diaria de lo que robaban, les hacían rescatar las tres cuartas partes a los propietarios, y les permitían retener el resto, porque como decía la ley, no pudiéndose exterminar el perverso ejercicio del latrocinio, mejor era que los dueños descuidados conservasen por este medio la mayor parte de lo que se les sustrajera que no que lo perdiesen todo

Mas también es preciso confesar que la propensión al hurto no es hija muchas veces de la verdadera e inculpable necesidad En las campañas y pueblos cortos, el ejemplo de la comunidad entera que trabaja y conoce y odia a los que no quieren trabajar, aleja la idea de vivir a costa de lo ajeno, se satisfacen allí con poco las primeras necesidades de la vida, y solo una verdadera desgracia suele arrojar al hombre al primer delito Por el contrario en las grandes poblaciones, la vista continua de personas opulentas que no hacen más que gozar, la de fortunas repentinas que desquician a otras de la clase humilde a que pertenecían, y hasta la inestabilidad y automatismo, por decirlo así, del trabajo personal, van inspirando a muchos hombres odio a las ocupaciones que solo dan el sustento diario, y afición a empresas arriesgadas, cuyo primer escalón suele ser el juego y el robo el último Las causas de este desatencio no son de aquellas que tienen remedio fácil, pues que al contrario se aumentan con el progreso y movimiento de la sociedad, viendonos reducidos en este caso a disculpar con la necesidad la dureza de ciertas disposiciones penales, de circunstancias unas, y locales otras, que no faltan en nuestros códigos Mal remedio es el temor de la pena pero ¿cuál otro, mientras no pueden evitarse tantos estímulos para el delito, y cuando por otra parte no se puede atenuar con falta de malicia ni de experiencia en el delincuento?

VII La acción de hurto se concede por el derecho a todas las personas que tienen interés en que la cosa no se pierda, es decir, no solo al verdadero dueño, sino también al que la posee o detenta con título legítimo y es responsable de su conservación — Si al acreedor le fuere hurtada o robada la cosa que tiene en prenda, el acreedor es y no el deudor o dueño quien puede demandarla, ya porque debe restituir la prenda verificado el pago de su crédito si le fue hurtada por su culpa o descuido, ya porque le importa que su crédito este asegurado con prenda, pero debe descontar de la deuda o entregar al dueño la pena pecuniaria en que

fuere condenado el ladrón y que se le adjudicase, deduciendo los gastos que le hubiese ocasionado la demanda, *ley 9, tit 14, Part 7* Si al artista, artesano o menestral le fuere robada *la cosa que se le dio para hacer en ella o con ella alguna obra, la podrá demandar por sí mismo en caso de ser abonado para pagarla al dueño, y aun estará obligado á reclamarla en el caso de que este se hallare ausente, aprovechándose en ambos casos de la pena pecuniaria en que el ladrón fuere condenado, con tal que satisfaga al dueño el valor de la cosa, y si no fuere abonado para satisfacerlo, habrá de hacer saber el hurto al dueño en caso de hallarse presente, y este deberá entonces demandar la cosa hurtada y haber la pena pecuniaria mas siendo culpable el artesano o artista por no haber puesto el debido cuidado en la custodia de la cosa que se le entrego, tendrá acción el dueño para pedirla al ladrón o al mismo artista o artesano, según mas le acomodare, ley 10 tit 14, Part 7* — Hurtada o robada la cosa dada en comodato, tiene opción el dueño para demandarla al ladrón ó al comodatario, y una vez entablada la acción contra cualquiera de ellos, no podrá ya intentarla contra el otro el comodatario podrá dirigirse contra el ladrón cuando se viere reconvenido por el dueño, *ley 11, tit 14, Part 7*, y aun sin esta circunstancia debería en ausencia del dueño perseguir al ladrón para asegurar el recobro de una cosa de que es responsable — Hurtada o robada la cosa dada en depósito, puede demandarla el depositario quien la tuviere pero la acción a la pena pecuniaria solo compete al dueño, a no ser que el depositario se hubiese constituido responsable de todo peligro de pérdida o fuere tutor o mayordomo del dueño, pues entonces podría pedir la cosa hurtada v la pena del hurto, *ley 12, d tit y Part* — Hurtada o robada una cosa en que uno tiene el usufructo y otro la propiedad, puede demandarla el usufructuario con la parte de pena pecuniaria que le correspondiere por razón del usufructo, y el propietario puede pedir la parte de pena que le pertenezca por razón de la propiedad Si siendo el usufructo de cosa raíz fuere hurtado el fruto de ella, puede entonces el usufructuario demandarlo todo con la pena del hurto Mas si teniendo parte en los productos de una heredad el dueño y el labrador que la cultiva fuere robado el fruto antes de su partición, podrá el dueño reclamarlo del ladrón con la pena, debiendo luego devolver al labrador lo que le tocare por su parte, *ley 12 d tit y Part* — Hurtada la cosa vendida antes de haber sido entregada al comprador, está obligado el vendedor a reclamarla del ladrón y darla despues al comprador con la pena que hubiere obtenido, o bien a otorgar su poder al comprador para que haga por sí mismo la demanda Si la cosa hurtada no hubiese sido vendida sino prometida en donación, puede pedirla el donador con la pena del hurto, pero no está obligado a dar al donatario sino la cosa o su estimación y no la pena que se le hubiere adjudicado El legatario tiene derecho de pedir al ladrón no solamente la cosa legada que hubiere sido hurtada despues de la muerte del testador, sino tambien la pena pecuniaria correspondiente por razón del hurto *ley 13, d tit y Part*

VIII El hurto, especialmente cuando es simple, suele ser de difícil justificación, y las diligencias que deben practicarse para averiguarlo tienen que ser tan varias como los casos, de modo que apenas pueden darse reglas generales al efecto Véase Robo

+ A fin de evitar en cuanto sea posible los robos de documentos de crédito contra el Estado y precaver la impunidad de los que los cometan, se ha servido disponer la Reina nuestra Señora, de acuerdo con el parecer de la sala de gobierno del tribunal supremo que los jueces de primera instancia, al principiar los sumarios por esta clase de delitos, y antes de anunciar en los periodicos la sustracción de

dichos documentos, den aviso oficial á la dirección general de Liquidación de la deuda pública, para que por sus dependencias sean detenidas a disposición de los mismos jueces las personas que, no siendo dueñas legítimas de dichos créditos, y presentándose a recoger los documentos que reemplazan a los convertidos, infundan justas sospechas de su criminalidad *Ri ord de 1º de mayo de 1846*

[\* POR LO QUE TOCA á la republica de Méjico, acerca de la materia del presente artículo solo debemos recordar que la pena de azotes con que las leyes de España mandan castigar á los ladrones (véase el n IV, donde el autor cita la ley 18, tit 14, Part 7), esta abolida por decreto de Cortes de 8 de setiembre de 1813, y el art 179 de las Bases de organización política de 12 de junio de 1845 — Por lo demás véase la nota puesta arriba, pag 827

\*\* La legislación de la república de Venezuela prescinde de las circunstancias accidentales en que se funda la división de este delito en hurto y rapiña, y la del hurto en manifiesto y no manifiesto que explica el autor en los ns I y III de este artículo, y atendiendo solo al valor de la cosa robada, distingue unicamente el delito con los nombres de hurto de mayor y de menor cuantía Llamase de menor cuantía el que se hace por valor de hasta cien pesos, y de mayor el que excede de esa suma *arts 12 y 21, ley de 25 de mayo de 1836*

La ley de 25 de mayo de 1836 confirma el desuso de la pena pecuniaria, de que habla el autor en el n III, y solo, a mas de las corporales con que castiga este delito, sujeta á restituir ejecutivamente en todo tiempo la cantidad o el valor de las cosas robadas En lo que si que conviene con el derecho español, es en castigar a los cómplices, auxiliadores, receptadores y encubridores con la misma responsabilidad y penas que a los autores principales *arts 36 y 41, ley citada*

Con referencia al n I del artículo que nos ocupa, es de notar lo siguiente El hurto cometido por el hijo de familia a su padre, sin escalamiento, fractura, llavo falsa ni violencia de ninguna especie, y sin ser ladrón público de ciudad o de camino, debe ser castigado domesticamente por dicho padre, sea cual fuere la suma robada, pero si el ofendido es un tercero, solo podrá castigarse de este modo, cuando este se conforme con la indemnización que el padre le ofrezca, o aun cuando no se conforme, cuando la suma del delito no exceda de veinte y cinco pesos Si el ladrón es un esclavo y el ofendido su amo, supuesta la misma ausencia de las citadas circunstancias agravantes, el delito puede y debe ser castigado domesticamente, mientras no exceda de cien pesos la suma robada, y cuando el agraviado es un tercero deberá serlo del mismo modo, si este se conforma con la indemnización que el amo le ofrezca, y aun cuando no, en el caso de que la cantidad o valor sustraídos no excedan de los citados veinte y cinco pesos En este último caso y en los demás que se ofrezcan de la misma naturaleza, el amo se libra de toda responsabilidad dando al esclavo en noxa, si quiere aceptarlo el ofendido, o entregándole al juez para que le castigue con arreglo á derecho Cuando este amo y el padre castigan domesticamente el robo del hijo o siervo respectivo, ni ellos quedan privados de la facultad de acusar en juicio a los cómplices, ni los jueces relevados de la obligación de perseguirlos de oficio *arts 38 y 39, ley de 25 de mayo de 1836*

Por lo dicho se ve la reforma que la legislación de la república de Venezuela ha hecho en el punto de que se trata respecto a las penas pecuniarias y a la restitución de la cosa robada Por lo que toca a las penas corporales, la reforma no es menos capital, y así debía esperarse en efecto, aunque no fuese mas que por acomodarse a la nueva división y clasificación de este delito Según el nuevo sistema, el hurto

es mas o menos grave 1° Por la suma robada 2° Por el modo como fue ejecutado Por el valor se divide el delito en hurto de menor y de mayor cuantia, siendo de la primera clase el que no pasa de cien pesos, y de la segunda el que excede de esta suma El hurto de menor cuantia debe ser castigado con veinte y cinco azotes en la cárcel y seis meses de obras publicas, si la cosa robada no vale arriba de cincuenta pesos, y si pasa de esta cantidad, con cuarenta azotes y doce meses de dichas obras El de mayor cuantia desde ciento hasta quinientos pesos, reclama las penas de cincuenta azotes de dolor en la cárcel del lugar del juicio, y dos años de trabajo en las obras publicas del canton o de la provincia respectiva, desde mas de quinientos hasta mil, los mismos cincuenta azotes de dolor y cuatro años de dichas obras, y el de mas de mil pesos setenta y cinco azotes de dolor y seis años de presidio Esto por lo que respecta a la suma En cuanto a las circunstancias del hecho, el que robare por medio de escalamiento, fractura, llaves falsas, o haciendo violencia de cualquier otro genero, llevara armas o hiciere uso de ellas para cometer el delito, sin llegar a causar el homicidio, debe ser espuesto a la verguenza publica con una argolla al cuello por espacio de cuatro horas con esta inscripcion en letras grandes, POR LADRON, y sufrir despues cien azotes de dolor en dos veces, con ocho dias de intervalo, y ocho años de presidio, que ninguna autoridad puede relajar, bajo la pena de destitucion, mas que en el caso de enfermedad urgente comprobada Los ladrones en cuacrilla que infesten las ciudades o caminos, deben ser castigados con ciento cincuenta azotes, distribuidos en tres porciones, de quince en quince dias, y diez años de presidio, y sus capitanes o cabezas con el ultimo suplicio — La reincidencia en el hurto de menor cuantia es castigada en sus dos casos con el duplo de la pena que a cada uno corresponde, y en el de mayor cuantia con el aumento de un año de obras publicas o presidio en sus casos respectivos, a excepcion de aquel en que haya efraccion, escalamiento u otra de las circunstancias agravantes mencionadas, en el cual deben ser dos los años aumentados — Los ausiliadores, receptadores y encubridores de este delito, o sus potradesores, estan sujetos en su caso y lugar a las mismas penas que los autores principales, exceptuando los que lo sean de los capitanes o cabezas de gavilla de que hemos hablado, los cuales solo deben sufrir como complices los ciento cincuenta azotes, distribuidos en tres porciones de quince en quince dias, y diez años de presidio — El conocimiento de este delito corresponde a la jurisdiccion civil ordinaria, con derogacion de todo fuero, bajo el metodo especial de sustanciacion que en la ley se especifica *arts 1, 12, 20, 21, 26 a 33, y 36, ley de 23 de mayo de 1836*

\*\*\* En la republica de Chile prevalece la pena de azotes, porque esta especialmente mencionada entre las que pueden entrar en el arbitrio del juez, al fallar en el juicio verbal en que conoce de este delito, pero al mismo tiempo se han fijado sus limites, y no pueden imponerse arriba de cincuenta azotes por el hurto simple Este tambien se halla claramente determinado, y solo puede considerarse como tal el que, libre de las circunstancias de que hablaremos despues, que lo convierte en calificado en la reparacion de perjuicios, aunque la cosa robada sea cabeza o cabezas de ganado de cualquier especie *art 31, Reglam de adm de just de 2 de junio de 1824, y § 3, art 1 y art 2, decr de 13 de marzo de 1857*

El hurto, como hemos visto, es *simple ó calificado* La legislacion de esta republica declara hurto calificado el de

cualquiera suma, aunque sea menor de quince pesos, en el cual concurren las circunstancias de haberse hecho con fuerza, perforamiento, efraccion, uso de llaves falsas, escalamiento de murallas (no reputandose por tales las cercas vivas ó muertas), en la iglesia o en el cementerio, durante algun incendio, despues de un naufragio, y cuando la cosa robada es sagrada, o bien son especies o caudales fiscales o municipales § 3, *art 1 decr de 13 de marzo de 1837*

Las penas de que se trata en el n V, aparte 3°, establecidas contra el *abigeo* o *cuatrero*, han sido reemplazadas en la republica por las siguientes El hurto de un buey, una vaca una caballeria, o hasta cuatro cabezas de ganado menor de cualquier especie debe ser castigado a arbitrio del juez con la pena de 25 hasta 50 azotes, y de 8 a 18 meses de obras publicas, por junto o separadamente, aumentando 25 azotes o seis meses de obras publicas por cada caballeria o cabeza de ganado mayor, o por cada cuatro del menor, que pasen de dicho numero Si al tiempo de ser procesado el abigeo, se le encontrase reo de dos o mas hurtos de esta naturaleza cometidos anteriormente, y no tan solo de aquel que ha dado margen al juicio, debe imponersele el maximum de cada una de estas penas cumulativamente o por separado al arbitrio del juez, y aun puede aumentarse en una cuarta parte cada una de por si o las dos a un tiempo La reincidencia en este delito como autor principal, complice o receptor, es castigada sin la menor intervencion del arbitrio del juez, con las penas de ciento á doscientos azotes y de seis a ocho años de presidio u obras publicas a un tiempo, y el que lo comete por tercera vez, debe sufrir del mismo modo doscientos azotes y trabajo perpetuo en un presidio Todo el que sea condenado ademas por este delito, sea cual fuere la gravedad de la pena, debe serlo al mismo tiempo a quedar sujeto por espacio de uno a cinco años, á la vigilancia general de las autoridades, o a la especial de alguna que el juez determine, despues de haberla cumplido, lo cual encierra la obligacion de presentarse a dicha autoridad en las epocas que se le prescriba, de no salir sin su permiso del lugar de la residencia, de darle cuenta de su ocupacion y destino en la forma y tiempo que se le mande, y de dar fianza de buena conducta por un tiempo determinado, siempre que se le exija *decr de 22 de julio de 1837*

**HURON** Cierta cuadrupedo de medio pie de largo, de color rojo oscuro, con el hocico y las orejas blancas despide por el ano un olor sumamente desagradable, vive oculto entre las piedras y se alimenta de cuadrupedos y aves. En varias partes le conservan y propagan para la caza de conejos, a quienes persigue en sus madrigueras hasta lanzarlos a las escopetas o redes preparadas en las bocas En el parrafo 8°, ley 11, tit 30, lib 7, Nov Rec, esta mandado por punto general, que se maten los hurones porque destruyen la caza, pero que si algunas personas los necesitan para la saca de conejos en sitios vedados, obtengan en sala de justicia del supremo consejo la correspondiente licencia que deben luego presentar a la jurisdiccion de la villa de Arganda, donde se halla establecida la caja para que se les entreguen los precisos con las seguridades que estan prevenidas Puede dudarse de que esta disposicion produjese efecto alguno, al ver estendida en todas las provincias y en terrenos vedados y abiertos la caza con hurones que seguramente no procedian del deposito de Arganda, y por de contado no rige en la actualidad, porque segun el parrafo 11, tit 2° del real decreto de 3 de mayo de 1834, esta prohibido el cazar con hurones sin excepcion alguna de epocas ni terrenos