

TÍTULO VIII.

Á QUIÉNES SE PERMITE Ó NO ENAJENAR.

§. CDLXIV. Sigue el título del derecho de enajenar, en el cual se ha de tener presente una regla y dos escepciones. La regla es que *el dueño puede enajenar su cosa*; pues esto se deriva de la naturaleza y definición del dominio. Con efecto arriba dijimos (§. 335.) que el dominio es un derecho en la cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla. Por tanto, si es inherente al dominio la facultad de disponer libremente de su cosa, fácilmente aparece que tambien se permite enajenarla. Ademas tambien se demuestra claramente esta regla con la definición de la enajenacion, pues enajenar es abdicar su dominio, y trasferirlo enteramente á otro. Tal es la regla; pero sufre dos *escepciones*, de las que se trata en este título, y á las cuales Trófilo en su *Paráfrasis de las Inst. h. t.*, no sin oportunidad llama *posiciones paradoxas*; á saber, 1º á veces sucede que uno es dueño, y sin embargo no puede enajenar; lo cual se demuestra en el §. 465 y sigg. 2º Otras veces el que no es dueño, tiene derecho de enajenar; de lo que se trata en el §. 467 y sig.

§. CDLXV. 1º Á veces el dueño no puede enajenar. Esto lo prueba el emperador, 1º con el ejemplo del marido, que es señor de la dote, y sin embargo no siempre tiene el derecho de enajenar. Pagenstechero niega rotundamente en los *Aforismos de las Inst.* §. 74. p. 142., que el marido consiga el dominio de la dote; por lo que se ha de probar esto ante todas cosas, destruyendo al paso los argumentos de aquel docto varon. Probamos pues que el

marido es dueño de la dote (1) (a) por el *pr. Inst. h. t.* donde Justiniano le llama terminantemente dueño. (b) En la . 7. § 3. *De jar. dot.*, repite Ulpiano mas de una vez que *la dote está en los bienes del marido, que se hace del marido etc.* Se prueba tambien por el efecto: el dominio consiste en la facultad de disponer de su cosa, y el marido tiene esta facultad de tal modo, que hasta puede dar libertad á los siervos dotales por testamento, . 3. *C. De jur. dot.* El dueño tiene tambien facultad de vindicar, y la mujer no puede vindicar la dote durante el matrimonio, *L. 7. §. 3. ff. h. t.* . 9. *C. De rei vind.* Al contrario el marido la vindica por la *L. 24.* . *Rer. amot.* Gozando pues solo el dueño del derecho de viudicar, *L. 23 y L. 24. C. De rei vind.*, es manifiesto que el marido es dueño de la dote. Á esta verdad, defendida por muchos hábiles juriconsultos. opuso algunos argumentos el ilustre Pagenstechero. (a). En la *L. 30. C. De jur. dot.*, se dice: *que aunque por la sutileza de las leyes parece que pasan las cosas dotales á poder del marido durante el matrimonio, no por eso se ha de oscurecer y confundir la verdad de la cosa* De aquí colige Pagenstechero, que aunque parece que el marido es dueño de la dote por la sutileza de las leyes, no es verdaderamente dueño; pero respondemos, que el emperador habla allí del derecho de la mujer en la dote *disuelto el matrimonio*, y por tanto el sentido de estas palabras es, que aunque el marido, por la sutileza de las leyes, es dueño de la dote durante el matrimonio, no

(1) En España la dote puede ser *estimada ó inestimada*. En el primer caso la dote estimada de modo que cause venta, puede ser enajenada por el marido, el cual no tiene otra responsabilidad que la de entregar su estimacion, disuelto que sea el matrimonio. Sin embargo, si la mujer viera que el marido malversaba los bienes dotales, y que n tenia patrimoniales con que suplir su falta al disolverse el matrimonio, puede acudir al juez para que le quite la administracion.

obstante el dominio de la mujer está en suspenso, y revive al punto que se disuelve el matrimonio. (b) Nadie niega que la dote consiste muchas veces en cosas incorporales como en un usufructo, en el Derecho de cocer cerveza y otros semejantes; y los derechos no pueden existir sin dominio, §. 335. Pero respondo, 1º si decimos que el marido es dueño de la cosa dotal, se supone que es respecto de una cosa corporal, en la cual solo pueda tener lugar el dominio, por ejemplo, un prado, una tierra, dinero, etc. 2º Aunque los derechos, como cosas incorporales, no están en dominio, no obstante, entran en los bienes, *L. 49. De V. S.* Pero estas cosas, aunque distinguidas por las palabras de la lei, son á la verdad iguales en el efecto: quede pues sentado que el marido es dueño de la dote. Mas aunque esto es de derecho inconcuso, no obstante se le ha restringido en parte la libre facultad de enajenar por la lei julia de adulterios. *Paull. Rec. sent. l. II. tit. 24.* Pues siendo frequentísimos en Roma los divorcios, y pudiendo el marido echar de casa á su mujer casi á su antojo (tanto que decia Séneca elegantemente, *que en su tiempo las mujeres contaban los años, no por los cónsules, sino por los maridos*), acontecia muchas veces que repudiada la mujer, cuya dote habia ya consumido el marido, se veía reducida aquella á la mendicidad. Por esto, compadecido de ellas Augusto, estableció que no se permitiese al marido enajenar el fundo dotal itálico, sin consentimiento de la mujer, ni hipotecarlo aún con voluntad de esta. Pero Justiniano enmendó en este asunto dos cosas, *L. un. §. 15. C. De rei. ux. act.* pues (a) quitó la diferencia entre el fundo dotal itálico, y el provincial; (b) entre la hipoteca y la enajenacion; y por tanto estableció *que el fundo dotal, cualquiera que fuese, ya itálico, ya provincial, no pudiesen enajenarse ni hipotecarse por el marido, consintiera ó no consintiera á la mujer; y pues seria mui fácil al marido*

ablandar con halagos á la mujer, para que consintiese en la enajenacion. Por lo cual se ha de observar, (aa) que no está prohibida la enajenacion de toda la dote, sino solamente del fundo dotal, pues si la dote consiste en cosas muebles, lo hai duda que el marido puede enajenarla. (bb) Y del fundo, como cosa raíz, no está prohibida la enajenacion en todos los casos, pues se exceptúa el fundo dotal dado conestimacion, porque si esta se ha hecho por causa de venta, claramente pasa el dominio al marido, y debe contentarse la mujer con recibir la estimacion disuelto el matrimonio, *L. 10. §. 4. ff. L. 5. C. De jure. dot.* 3º Tampoco se prohíbe absolutamente la enajenacion de la dote no estimada, pues se admite siendo necesaria, cual es la que se hace para pagar las deudas de la mujer, *L. 1. De fundo dot.,* ó en utilidad manifiesta de la misma, *L. 16. L. ult. ff. De jure dot.*

§. CDLXVI. Hemos visto el primer ejemplo de un dueño, á quien, sin embargo de serlo, no se le permite enajenar. Otro 2º nos presenta el *pupilo* (1), pues este es padre de familia y dueño de sus cosas, igualmente que el menor, y sin embargo ni uno ni otro pueden enajenar, porque están bajo tutela y curaduría; y por tanto no tienen la libre facultad de enajenar sus cosas. Mas hai esta diferencia, que la enajenacion hecha por el pupilo, es nula *ipso jure*, y la hecha por el menor vale, si acompaña juramento, pues este de menor le hace mayor por la famosa Auténtica *Sacram. puberum. C. Si adv. vendit.* No permitiéndose pues al pupilo enajenar, se sigue, 1º que no puede dar dinero en mutuo. Que el mutuo sea enajenacion, lo demostró con tan poderosos argumentos en-

(1) Por nuestras leyes tampoco es válida la enajenacion hecha por el pupilo sin autoridad de su tutor; pero si la hiciere un mayor de catorce años, que no tuviese curador, con juramento de no reclamarla, se puede sostener su validez.

tre otros jurisconsultos J. Wisembachio, contra el parecer del mui docto Claudio Salmasio, que hoi dia nadie duda sobre este punto De lo cual se sigue, (a) que si existen las monedas que dió el pupilo, hai lugar á la vindicacion de la cosa, porque no haciendo nada el pupilo, cuando enajenaa, no trasfiere ciertamente el dominio; si no se trasfiere el dominio, permanece señor, puede vindicar su cosa donde quiera que la encuentre, §. 335. Tambien es consiguiente, (b) que si se han gastado de buena fe las monedas por aquel que las recibió, no hai lugar á la vindicacion de la cosa, porque ¿cómo se ha de vindicar lo que no existe? No obstante entónces tiene el pupilo la accion personal, á saber, *la condiccion certi*, para que se le restituya otro tanto en el mismo genero. (c) De aquí inferimos, que si el que recibió el dinero del pupilo, lo gastó de mala fe, hai contra él la accion *ad exhibendum*, pues aunque esta accion solo se da contra el poseedor, L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. pr. §. ult. L. 7. §. 34. ff. *Ad. exhib.*, y el que gastó el dinero de mala fe, nada posea, no obstante se halla admitida entre los jurisconsultos la regla de que *el que deja de poseer de mala fe, se tiene por poseedor*, L. 5 §. 2. L. 12. §. 3. L. 14. ff. L. 5. C. h. t. L. 134. ff. *De R. J.* 2º Lo mismo sucede, si el pupilo paga sin autoridad del tutor, pues como en este caso hai enajenacion, la paga es nula en sí, y por tanto lo que se ha pagado, puede repetirse por las mismas acciones, que si todavía se debiese. Últimamente, 3º es digno de notarse, que por mas que el pupilo sea dueño, no se le puede pagar sin autoridad del tutor y decreto del magistrado, exceptuando las usuras que se deban dentro del bienio, y que no escedan del valor de cien sueldos ó áureos, los cuales pueden pagarse al tutor, no al pupilo, sin decreto del magistrado, L. 25. L. 27. *De admin. tut.* Por tanto si uno paga al pupilo ó tutor sin que medie

aquel decreto, y se malgasta el dinero por el pupilo ó tutor, ó se pierde casualmente, no queda libre el deudor, sino que tiene que pagar segunda vez. Podria alguno creer que se hace mejor la condicion del pupilo recibiendo el pago, y por tanto que bien puede desempeñar este negocio, §. 231; pero se niega esto, porque ¿ como haria mejor la condicion del pupilo el que solo le paga el dinero para tener caballos, perros, casas de campo y de recreo, pues el pupilo es naturalmente malgastador y no atiende á la utilidad, como elegantemente dice Horacio, *Arte poét. v. 162. y sigg.?*

§. CCLXVII, Hemos dado fin á la primera paradoja, de que hai dueño que no puede enajenar sus cosas. Sigue (IIº) la otra, de que hai alguno á quien se permite enajenar cosas de que no es dueño; de lo que tambien nos ofrece dos ejemplos Justiniano, pues 1º el acreedor, á quien el deudor ha dado prenda, no se hace dueño de ella, sino que tiene otro derecho *in re*, diverso del dominio, §. 334.; y sin embargo, no pagando el deudor, puede venderla, para cobrarse de su precio, L. 8. L. 11., L. ult. ff. *De discr. pign.*; sin que el deudor pueda impedir esta venta, á no ser que pague todo el capital de la deuda y sus réditos, L. 2. C. *Debit. vend. pign. imp. non posse*; porque seria inútil la prenda al acreedor, y no le prestaría ninguna seguridad, si nunca se le permitiese venderla. Mas aunque aquella regla es verdadera en sí, no obstante en el modo de hacer la venta se ha de distinguir, si se agrega á la prenda pacto de venderla, ó el de no venderla, ó si no pactan nada acerca de esto el acreedor y el deudor. (a) *Pacto de vender la prenda* es, cuando el deudor estipula con el acreedor, que si no le paga dentro de cierto tiempo, pueda vender la prenda; y este pacto es lícito. Al contrario, si pactan que de no pagar en el tiempo determinado, adquiera la prenda el acreedor, y se

haga este dueño de ella, esto se llama *lei comisoria* ó *pacto comisorio*; y es ilícito y prohibido por la *L. ult. C. De pact. pign.* La razón está á la vista, pues vendiéndose la prenda, no se perjudica al deudor, porque el acreedor le restituye lo que sobra despues de cobrarse: al contrario, si tardando el deudor en pagar, al punto adquiere la prenda el acreedor *ipso jure*, en gran manera se perjudicaria á aquel, porque las mas de las vezes vale doble la prenda que la deuda. Volvamos á nuestra distincion. Si pues se añade el pacto de vender la prenda, puede venderla el acreedor sin avisar, desde el momento que el deudor tarda en pagar, *L. 4. ff. De pign. act. L. ult. §. 4. C. De jur. dom. impetr. (A)*. (b) Si han pactado que no se venda, deben preceder tres requerimientos, y concluidos se permite la venta, *L. 4. ff. De pign. act.* (c) Si nada han pactado acerca de este punto, basta un requerimiento, y hecho, aún se ha de esperar por dos años, *L. 4. C. De distr. pign.* En todos estos casos la

(A) En España, cuando al constituirse la prenda se señaló día para pagar, pactándose que si el pago no fuere hecho, se pueda, en llegando el día convenido, venderse la prenda; no basta que llegue el día para que pueda verificarse esta venta, sino que en este caso es necesario todavía un requerimiento que se debe hacer al deudor, si estuviere presente en el lugar de la venta, ó á sus domésticos, si estuviere ausente. Mas si el requerimiento es impedido por alguna cosa, podrá entónces el acreedor vender la prenda, no de otra manera que en pública almoneda, *L. 41. tit. 13. Part. 3.* Mas si no ha mediado pacto de vender la prenda, no podrá esta venderse hasta que pasen 12 días, cuando la prenda consiste en una cosa mueble, ó 30, si consiste en una inmueble; cuyos términos se deben contar desde el día en que se hizo el requerimiento. Finalmente, si al obligar la prenda, han pactado los contrayentes que nunca pueda venderla el acreedor, podrá no obstante ser vendida, sin que se haga caso de semejante pacto, aunque no en cualquier tiempo, sino pasados dos años despues de tres requerimientos, *dicho tit. L. 42.*; y tanto en este caso, como en el anterior, la venta debe hacerse en pública almoneda, *dicha L. 42.*

venta se hace solemnemente, en almoneda pública y por pregon, al mayor precio que se pueda, *L. 4. L. 7. L. 10. C. eod. L. 14. L. 22. §. ult. ff. De Pign. act.* Si la cosa halla comprador, al punto se traslada á él el dominio, y no puede el deudor repetirlo, aún ofreciendo el precio, *L. 26. De A. R. D. L. 18. C. De distr. pign.*: si nadie quiere comprarla, es necesario nuevo requerimiento, y hecho, señala el juez día para el pago. Pasado aquel, se adjudica la prenda al acreedor por cierto precio, pero de manera que dentro de dos años todavía pueda el deudor ofrecer la deuda principal y réditos, y rescatar la prenda, *L. ult. §. 2, 3. C. De jur. dom. impetr.*

§. CDLXVIII. 2º La misma paradoja demuestra nuestro Justiniano con el ejemplo del tutor (1), el cual no es dueño de las cosas del pupilo, y no obstante á vezes puede enajenarlas. Decimos que á vezes puede enajenarlas, pues se ha de distinguir entre los bienes raíces y muebles. Las cosas muebles puede enajenarlas con tal que no sean muy preciosas, y que guardándolas no puedan conservarse, *L. 22. C. De adm. tut. ult. C. Quando decr. non opus.* Al contrario, si son raíces ó muebles de mucho precio, no es lícita la enajenacion sin que intervenga decreto del magistrado, *L. 22. C. De adm. tut.* Se han de tener presentes sin embargo estas escepciones: (a) si el padre permitiese la enajenacion en el testamento, *L. 1. §. 2. L. ult. ff. De rebus eorum qui sub tut.* (b) Si la enajenacion se hace por necesidad, por ejemplo,

(1) En España puede el tutor enajenar las cosas muebles del pupilo; pero si estas fueren de mucho valor, necesitará, lo mismo que para la enajenacion de las inmuebles, hacer constar, por una sumaria informacion de testigos, la utilidad y necesidad de la enajenacion, y obtener la aprobacion judicial, debiendo hacerse la venta en pública subasta.

si urge pagar las deudas, porque un socio inste por la division, ó si otro goza del derecho de retroventa, *L. 1. §. 2. ff. eod.* En todos estos casos puede el tutor enajenar legalmente, aún sin obtener decreto del magistrado.

TÍTULO IX.

POR QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR.

§. CDLXIX. En la materia de los modos de adquirir mezcla Justiniano la cuestion de las personas por cuyo medio podemos adquirir, que verdaderamente es instructiva, y de mucho uso en la práctica. Para que lo entendamos mas claramente, anticiparemos, segun nuestra costumbre, un axioma, del cual se deriven naturalmente las conclusiones de toda esta doctrina. Tal será: *se adquiere para nosotros, no solo por nosotros mismos, sino por medio de nuestras cosas.* Por ejemplo, nadie duda que sea mio el dinero que adquieren mis caballos con su trabajo; que sea mia el ave que caza mi halcon, etc. La demostracion de este axioma debe buscarse en el §. 354, donde dijimos, que es nuestro cuanto se agrega á nuestras cosas por beneficio de la naturaleza, ó por el arte ó industria.

§. CDLXX y CDLXXI. De este axioma claramente se deduce, 1º que cuanto adquiere nuestro siervo, es para nosotros. Nuestro siervo es cosa, §. 77; por nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 46; luego por nuestros siervos adquirimos para nosotros; que es lo que nos proponíamos demostrar. Podrá objetarse que los siervos tenian su peculio, á vezes considerable; que tambien tenian sus siervos que llamaban *vicarios*, y cuanto estos adquirian, era adquirido para aquellos. Mas respondemos, que el peculio del siervo indistinta-

mente era profecticio; el dominio de este peculio, su propiedad y usufructo eran del señor: de manera que al siervo solo se le permitia la administracion, la cual vindicaba el señor, siempre que gustaba, *L. 7. §. 1. ff. De pecul.* Manifiesto tenemos un ejemplo en Terencio, *Phorm. act. 1. sc. 1. v. 5 y sig.*, donde se queja un siervo de que lo que su compañero con dificultad y poco á poco habia reunido de sus gajes ó mesada, todo se lo habia quitado su señor y la mujer de este, sin considerar cuánto trabajo le habia costado el juntarlo. Es pues cierto y constante, que cuanto adquirian los siervos, aún lo que ahorraban á costa de privaciones, todo era adquirido para el señor. De lo que se sigue, 2º que si el siervo tuviese muchos dueños, adquiriria para todos á prorata, esto es, segun la parte de dominio que cada uno tuviese en él, á no ser que adquiriese especialmente por mandado de uno, ó estipulando solamente para uno, §. 3. *Inst. h. t.* De aquí es, que si suponemos, por ejemplo, que Juan, Antonio y Pedro poseen un siervo comun, y que aquel siervo es por mitad del primero, por la cuarta parte del segundo y por otra cuarta parte del tercero; ciertamente, si este siervo comun adquiere con su trabajo ó de otro modo legítimo mil doscientos florines, á Juan se le deben seiscientos, y á Antonio y Pedro trescientos á cada uno. Aunque esta regla sea verdadera, á vezes no les tenia cuenta á los dueños adquirir por medio de los siervos; por ejemplo, si mi siervo adquiria cien perros ó gatos de ningun valor, no podia congratularme mucho con tal ganancia. Por esto distinguian con prudencia los romanos entre el dominio, la posesion y la herencia. El *dominio* lo adquiria el siervo para su señor, aún ignorándolo este, y sin su voluntad, porque carecia de peligro: la *posesion* no, sino sabiéndolo y queriendo el señor, porque á vezes es peligrosa; la *herencia* solo mandándolo, por ser la adquisicion

mas peligrosa por las deudas que están encubiertas, *L. 44. §. 1. ff. De. A. R. D. §. 3. Inst. h. t.* Por lo demas lo dicho hasta aquí es aplicable á los verdaderos siervos, sobre los que tenemos dominio como en las demas cosas. Mas á vezes no tenemos al siervo como dueños, sino como usufructuarios, es decir, no nos pertenece la propiedad del siervo sino el usufructo, §. 433. Otras vezes tambien sirve á otro de buena fe un hombre libre é ingenuo, aunque esté reducido injustamente á servidumbre, como sabemos sirvió Josef á Putifar. Á la verdad este hombre no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino ingenuo, §. 44, 4. Se pregunta pues, relativamente á los siervos que se tienen en usufructo y se poseen con buena fe, ¿si adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe? Se ha de distinguir, 1º si adquieren algo con su trabajo, 2º ó con cosa nuestra, ó 3º si les llega á ellos de otro modo. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe: en el tercer caso el siervo usufructuario que se posee de buena fe, adquiere para el propietario. Por ejemplo, á mi hermano se ha legado la propiedad de Pedro, siervo, y á mí el usufructo: si adquiere Pedro cien florines en un arte fabril, son para mí, porque los adquirió con su trabajo; si halla un tesoro en mi fundo, es para mí, porque lo adquirió por medio de cosa mia; si instituido heredero, recibiese mil duros, no los adquiere para mí sino para mi hermano, porque los tuvo el siervo por otro medio. De este modo todo cuanto Josef, sirviendo á Putifar, adquiriese con su trabajo y con las cosas de su señor, segun nuestro Derecho, seria para el último: al contrario, si fuese instituido heredero, podría retener para sí la herencia, si entónces ya hubiesen existido nuestras leyes, y estuvieran admitidas en Egipto, §. 3. *Inst. h. t.*

§. CDLXXII y CDLXXIII. Del mismo axioma inferimos ademas, que tambien lo que adquiria el *hijo de familia*

segun nuestras leyes, era todo para su padre, en cuya potestad estaba ya por nupcias, ya por legitimacion, ó ya por adopcion, pues la patria potestad consistia en el dominio del derecho quiritarario, §. 136; los hijos de familia respecto de su padre no eran personas, sino cosas, §. 135; por medio de nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469; luego tambien adquirimos por medio de nuestros hijos de familia; y esto es lo que teníamos que demostrar. Lo cual es tanta verdad, que Dionisio Halicarnaso escribe, *lib. VIII*, que *los hijos de familia romanos no tienen nada propio viviendo los padres; ántes la lei de Rómulo puso al arbitrio de los padres los bienes y las personas de sus hijos.* Lo mismo se halla en Suetonio, *Tib. c. 45.* Tiberio, adoptado por Augusto, en nada obraba como padre de familia, y ni hacia donaciones, ni manumitia, ni admitia mas herencias ni legados que los que recibia como peculio; y por qué? Porque se habia hecho hijo de familias por arrogacion. Mas pareciendo un poco dura esta legislacion, y ablandando poco á poco la rigidez de las antiguas costumbres la humanidad de los tiempos posteriores, se añadió á aquella regla una escepcion, á saber, el *peculio*; y por tanto hoy debe decirse, que cuanto adquiere el hijo de familia es para el padre, exceptuando el peculio; por lo cual es ya preciso que tratemos del peculio.

Peculio viene de *pecus*, que significa rebaño, porque antiguamente consistia en ellos la mayor parte de las riquezas. El que tenia muchos rebaños, era reputado por rico, y por pobre el que tenia pocos. Con el tiempo fué inventada la moneda, á la que en memoria del antiguo modo de vivir se dió el nombre de *pecunia*, de *pecus*; razon por la que en las antiquísimas monedas de los romanos se halla las mas vezes la figura de un buei, cerdo ó de otro animal; y porque lo que dejaban los padres á

sus hijos en los primeros tiempos, consistía tambien las mas veces en ganados, por esto se le llamó *peculio*. En nuestras leyes se define el *peculio* diciendo, ser el reducido patrimonio que el hijo de familias ó el siervo tienen separado de los bienes paternos ó de su señor, *L. 3. §. 3. seq. ff. De pecul.* Y así un hombre *sui juris* no puede tener nada en *peculio*, sino en dominio; mas los que están sujetos á postestad ajena, pueden poseer *peculio*, como los hijos ó hijas de familia, los siervos y esclavas, y antiguamente aún las mujeres que se casaban, pues por las nupcias entraban en la postestad del marido, §. 146. De este *peculio* de la mujer hace mención Plauto, *Casin. act. II. sc. 2. v. 26*. Mas hoy no están las mujeres en poder del marido, y por tanto no tienen *peculio*. Ya hemos advertido ántes, que el *peculio* de los siervos es meramente *profecticio*; resta pues que hablemos del *peculio* de los hijos é hijas de familia. En nuestras leyes se divide este en *militar* y *pagano*, pues todos los que no militan, se llaman *paganos* en las leyes romanas. El *militar* es, ó *castrense* ó *cuasi castrense*: el *pagano* se divide en *profecticio* y *adventicio*: de cada uno de los cuales vamos á tratar.

§. CDLXXIV y CDLXXV. *Peculio militar* se llama el que se adquiere con ocasion de la milicia; mas habiendo en nuestra jurisprudencia dos clases de milicia, una *armada*, cuando uno milita con las armas y en el ejército, y otra *togada*, cuando uno sirve en los consejos y tribunales, véase la *L. 14. C. De adv. div. jud.*, de aquí es que un *peculio* es *castrense*, y otro *cuasi castrense*: aquel el que se adquiere con ocasion de la milicia armada; este el que se adquiere con ocasion de la milicia togada, á la cual pertenecen hoy día todas las artes liberales; y por tanto no solo se cuentan en ella la jurisprudencia, sino tambien la teología, medicina, matemáticas, filosofía, etc. Mas deben mirarse atentamente las palabras

de la definición, pues no decimos que el *peculio castrense* y *cuasi castrense* es el que adquirimos por medio de aquellas dos milicias, sino *con ocasion de ellas*. Luego 1º no solo pertenecen al *peculio castrense* la paga mensual y las presas cogidas al enemigo, sino tambien lo que el padre empleó en el equipaje del hijo, cuando fué á servir, así como la herencia ó legado que el hijo recibe de su camarada, ó lo que compra con el dinero *castrense*; pues todo esto se ha adquirido con ocasion de la milicia armada, *L. 11. ff. De castr. pecul. L. 4. pr. ff. L. 4. C. eod.* Igualmente 2º al *peculio cuasi castrense* no solo pertenece cuanto adquiere el hijo por las artes liberales, por ejemplo, los salarios y honorarios que recibe como abogado, médico, profesor; sino tambien los gastos de los estudios suplidos por el padre, con tal que este los haya dado con ánimo de hacer donacion de ellos, así como los donativos que hace el príncipe ó emperatriz, porque se entienden hechos por la excelencia del ingenio y un elevado mérito. Todas estas cosas pertenecen al *peculio cuasi castrense*, porque son adquiridas con ocasion de la milicia togada, *L. ult. C. De inoff. testam. L. 7. C. De bon. quæ lib.*

§. CDLXXVI y CDLXXVII. Tal es el *peculio militar*: cuanto adquiere el hijo fuera de la milicia, pertenece al *peculio pagano*. Y ciertamente si llega algo al hijo por medio de las *cosas del padre*, ó por consideracion de este, se llama *peculio profecticio*; y si llega al hijo de otra parte que del padre, por ejemplo, de la madre ó de un extraño, se llama *adventicio*; al cual se refiere tambien cuanto adquiere el hijo por su propio trabajo, como por las artes mecánicas, por ejemplo, por la zapatería, carpintería ú otro oficio ó manufactura; y tambien lo que adquiere por beneficio de la fortuna, por ejemplo, hallando un tesoro en terreno de otro, etc. §. 1. *Inst. h. t.*

Todo esto es claro, excepto el que reframos al peculio profecticio lo que vino al hijo por consideracion de su padre. Mas esto debe entenderse de suerte que si un extraño da ó lega algo á un hijo, pero por los méritos de su padre, todo esto pertenece al peculio profecticio, igualmente que si proviniese del padre. Por ejemplo, si defendiese yo en el foro á un amigo, este me ofreciese un honorario, yo lo rehusase, y aquel diese á mi hijo lo que me tenia destinado; pertenecería esto al peculio profecticio de mi hijo, del mismo modo que si yo se lo hubiese dado, porque le llegó á él por consideracion mia.

§. CDLXXVIII. Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, cuasi castrense, profecticio y adventicio : llegamos ya á los derechos de cada uno, y por tanto se ha de examinar, qué derecho tiene el hijo en cada uno de ellos, y cuál compete al padre; lo que se explicará por medio de algunas reglas. *El peculio castrense y cuasi castrense es del hijo en pleno derecho, pr. Inst. Quibus non est perm. fac. test.* (1) Esta regla no se observaba todavía en tiempo de la república, porque entonces todo ciudadano estaba obligado á servir en la milicia cierto número de años, y por tanto no era necesario estimular á la juventud con grandes privilegios para alistarse en ella. Pero Augusto, conociendo bien que la milicia escogida convenia á la república libre, mas no á la monarquía, fué el primero que estableció la milicia mercenaria, y condujo á los soldados por un estipendio á todas partes. Para que los hombres se alistasen con mas gusto en las banderas, se fueron concediendo desde aquel tiempo varios privilegios á los soldados, y entre ellos el de adquirir para sí en pleno derecho el peculio castrense, aunque fuesen hijos de familia. Este privilegio de los mi-

(1) Así lo disponen tambien las leyes 6. y 7. út. 17. Part. 4.

litares estaba ya vigente bajo Vespasiano, sobre lo que habla Juvenal, *sat. XVI. v. 52. Ademas de esto, solo los militares tienen el derecho de testar viviendo su padre, pues lo que se adquiere en la milicia, no se empadrona en el cuerpo del censo, donde solamente se inscriben los bienes que maneja por entero el padre.* Poco despues, en los tiempos de Adriano y Antonino Pio, se estendió tambien este derecho al peculio cuasi castrense, como demostrámos en las *Ant. rom. h. t. §. 2. p. 334.* De esta regla pues se deduce claramente, 1º que el padre no tiene en estos peculios, ni la administracion, ni el dominio, sino que el hijo reúne todos estos derechos. 2º Que el hijo respecto á uno y otro peculio se tiene por padre de familias, *L. 2. ff. De SCto. maced.*; y por tanto, 3º acerca de él puede hacer testamento, y disponer entre vivos; y por consiguiente donar, vender y enajenar por cualquier otro título, no pudiendo en los demas casos el hijo de familia testar viviendo el padre, aunque este espresamente se lo permita, *L. 6. pr. ff. Qui test. fac. poss. : pr. Inst. Quibus non est perm. test. fac.*

§. CDLXXIX. Acerca del peculio profecticio sigue ya la regla IIª : *es del padre en pleno derecho, y por tanto el hijo no tiene en él sino la administracion*, para que ejercite su industria, *§. 1. Inst. h. t.* (1) La razon es clara : el hijo respecto del padre no es persona, §. 135, por lo cual el padre y el hijo en los negocios privados se consideran como una persona, §. 139. 6 : no pudiendo pues una persona pactar consigo misma, §. 139. 7, es consiguiente que el padre no puede hacer donacion al hijo, §. 453. 2. Si el padre no puede hacer donacion al hijo, tampoco puede trasferirle el dominio de la cosa que le da; luego queda dueño el padre de las cosas que entrega al hijo; que era lo que se habia de demostrar. Teniendo

(1) Véase la L. 5. út. 17. Part. 4. que sienta la misma doctrina.

pues el padre en este peculio el dominio y el usufructo, podria alguno creer que aquel era manifestamente inútil al hijo. Con todo no dejaba de serle de alguna utilidad, pues 1º si el padre cometiese delito tan enorme que se confiscasen sus bienes, como suele hacerse si uno es condenado por el crimen de estado ó lesa majestad, *L. 3. C. ad leg. jul. maj.*, entónces no se quita al hijo este peculio, aunque tambien pertenezca á los bienes de los padres, *L. 3. §. 4. ff. De minor.* 2º Si el padre emancipa al hijo, y no le quita espresamente aquel peculio, lo que en verdad puede, si quiere, entónces lo adquiere el hijo en pleno derecho, *L. 34. §. 2. ff. De donat.*

§. CDLXXX y CDLXXXI. Mucho mas útil es al hijo el peculio adventicio, acerca del cual se ha de notar esta regla IIIª: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre, §. 4. Inst. h. t. (1).* Luego en este tiene algo ordinariamente el padre; á saber, el usufructo y la administracion; y algo tambien el hijo, á saber, la propiedad. Así, por ejemplo, si el hijo tiene veinte mil duros de bienes maternos, y de réditos se perciben mil en cada año, estos son del padre, y el capital del hijo. Dijimos que *ordinariamente* se observaba esto, porque á veces no sucede así;

(1) « La segunda es, lo que el fijo de alguno ganase por obra de sus manos, por algun menester, ó por otra sabiduria que hobiese, ó por otra guisa, ó por alguna donacion que le diese alguno en su testamento, ó por herencia de su madre, ó de alguno de los parientes della, ó de otra manera, ó si fallase tesoro, ó alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias que ficiese el fijo por cualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre, nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo que las ganó, é el usufructo del padre en su vida, por razon del poderio que há sobre el fijo. » *L. 3. tit. 17. Part. 4.* Si el padre emancipara á su hijo, tendria que darle la mitad del usufructo de este peculio, y ha de dárselo por entero desde el momento que se case.

y de aquí es que este peculio adventicio se divide en *ordinario ó regular*, cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; y *extraordinario ó irregular*, cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto se verifica en cuatro casos: 1º si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2º si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3º si el padre y el hijo son coherederos, lo que acontece cuando muriendo uno sin hijos deja hermano y padre. Por ejemplo (*lám. 3. fig. 12.*), muriendo el segundo, le heredan el primero, que es el padre, y el tercero que es el hermano; y si dejase veinte mil duros, el padre recibirá diez mil, y el hermano otros diez mil; pero en estos no tendrá el padre el usufructo. 4º Si el padre maneja los bienes del hijo dolosamente, pues entónces pierde el usufructo. Esto pudiera hacer á alguno pensar que no hai ninguna diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular; no obstante se diferencian mucho, pues en el castrense y cuasi castrense el hijo está en el lugar de padre de familia, y por esto dijimos que puede hacer testamento, lo cual no puede hacer en el peculio adventicio extraordinario, aunque tenga el dominio.

§. CDLXXXII. Resta preguntar, si podemos adquirir por otro mas que por el hijo y el siervo; lo cual se niega segun nuestro mismo axioma, §. 469. Para esto debe tenerse presente la regla de que *no puede adquirirse cosa alguna para el que no interviene en un trato.* De aquí es, por ejemplo, que si yo estipulase: *das cien reales á mi hermano?* y otro respondiese que *los daria*, por esta promesa, ni yo ni mi hermano tendríamos ninguna accion. No la tendria yo, porque nada se me prometió á mí; no mi hermano, porque con él no se contrajo la estipulacion. Véase el §. 4. *Inst. De inut. stipul.* No obstante, pudiendo uno mandar á otro que haga esto ó aquello, con razon se

ha establecido la regla de que *por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado, podemos adquirir el dominio y la posesion, §. 5. Inst. h. t. (1)*. El mandato es causa de que hacemos nosotros mismos lo que hacemos por medio de otro. De aquí es, por ejemplo, que si mandé á mi hermano que comprase para mí un edificio, el dominio y posesion de este, con tal que mi hermano lo ocupe, serán para mí, igualmente que si yo mismo lo hubiese comprado y tomado posesion.

TÍTULO X.

DEL MODO DE HACER TESTAMENTO.

§. CDLXXXIII—CDLXXXV. Sigue ya la hermosísima materia de testamentos, cuyo enlace con los anteriores capítulos se examinará con algun cuidado. Comenzámos á tratar arriba de los *modos de adquirir el dominio*, dividiéndolos en *naturales y civiles*, §. 340. Aquellos eran tres: la *ocupacion*, la *accession* y la *tradicion*; de los cuales se ha tratado en el tít. 4º de este lib. 2º §. 342 y siguientes. Los civiles los dividimos arriba en *singulares*, cuando solamente adquirimos una cosa singular, mas no sucedemos en todo el derecho del antecesor, y *universales*, por los que adquirimos, de modo que pasamos á tener todos los derechos de otro. Así, por ejemplo, el comprador, porque no adquiere todas las obligaciones y derechos del vendedor, se llama *sucesor singular*: al contrario el heredero es *sucesor universal*, porque se reúnen en él las obligaciones y derechos del difunto. Los modos de adquirir singulares eran cuatro, §. 437: la *usucopion*, de la que se

(1) Tambien en España se adquiere la obligación por medio de procurador, segun la *L. 1. tít. 1. lib. 10 de la Nov. Recop.*, aunque por Derecho antiguo disponia otra cosa la *L. 7. tít. 11. Part. 5.*

trató en el título 6º; la *donacion*, de la que se habló en el 7º; y el *legado* y el *fideicomiso*, de los cuales debia tratarse ahora. Pero quiso Justiniano hablar de los legados y fideicomisos despues de la materia de testamentos, y por esto pasa á los modos de adquirir universales, de los cuales el primero y principal es la herencia, §. 436. Por *herencia* entendemos la sucesion en todo el derecho que tenia el difunto, *L. 24. ff. De V. sig. L. 62. ff. De R. J.* Es de dos maneras: ó por *testamento*, cuando uno es llamado por el mismo difunto á la sucesion; ó *abintestato*, cuando la misma lei llama á uno á suceder. La tercera especie no tiene lugar en nuestra jurisprudencia romana, §. 6. *Inst. Per quas pers. cuique adqu.* Por ejemplo, muerto Cárlos II, rei de España, dos eran los que se consideraban herederos, Felipe, duque de Anjou, á quien Cárlos al morir llamó en su testamento á la herencia, y Cárlos, emperador de Austria, á quien llamaba la lei como mas próximo agnado, por considerarse nulo aquel testamento. Felipe pues queria ser heredero por testamento, y Cárlos abintestato. Aquí se pregunta, ¿si no se da tambien un tercer modo de suceder *por pacto*? Las mui poderosas familias de Sajonia, Brandeburgo y Hesse celebraron entre sí un pacto llamado *de confraternidad*, por el cual se determinó, que si se estingue primero la casa de Sajonia, le sucedan la de Hesse y Brandeburgo, tomando la primera el Electorado y la Misnia, y la última la Turingia: si se acaba la familia brandebúrgica, toma la casa de Hesse el Electorado y el Marquesado electoral, y lo restante la casa de Sajonia: últimamente, concluida la familia de Hesse, dividen entre sí el territorio por iguales partes la familia de Sajonia y la de Brandeburgo. Aquí tenemos el ejemplo de sucesion por pacto, semejante al cual lo hubo en otro tiempo entre los duques brandebúrgicos y los de Pomerania, habiundo sucedido los primeros en el mui pingüe ducado de los segundos,