

J. GOTTL.
HEINECCIO

ICITACION
L DERECH
CIVIL

TOMO I

KB145
H4
1888
v.1

1080006429

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

BIBLIOTECA PARTICULAR PROPIEDAD DEL
Lic.
Santiago
Roel
García

Santiago Roel

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

SEGUN

EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

SEGUN

EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA,

POR J. GOTTL. HEINECCIO.

TRADUCCION DE D. LUIS DE COLLANTES,

REVISADA

POR DON VICENTE SALVÁ.

TERCERA EDICION,

MUI MEJORADA EN LO TOCANTE AL DERECHO ESPAÑOL.

TOMO PRIMERO

PARIS

LIBRERIA DE GARNIER HERMANOS

CALLE DE SAINTS-PÈRES, N° 6.

1888

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

D 346.07 H 468 R V. 1 VT 5/VI/79

KR145 H4 1882 V.1

FONDO 6429

ADVERTENCIA

DE LA SEGUNDA EDICION.

Al publicar la vez primera esta traduccion de las *Recitaciones del Derecho civil segun el órden de la Instituta*, obra que ha inmortalizado el nombre de Heineccio, noté las importantes reformas que en aquella habia ejecutado, para purgarla de los continuos y groseros errores con que habia sido impresa hasta entónces, tanto en Madrid, como en Valencia; errores que no debieron hallarse en ninguna edicion, y mucho ménos repetirse en la hecha en Madrid el año de 1841, cuatro despues de haber salido á luz la mia.

No obstante las ventajas que llevaba esta sobre las otras, como lo reconoció desde el principio el público americano, estaba yo tan poco satisfecho de su desempeño, que he querido carecer absolutamente de ejemplares por espacio de tres años, mas bien que reproducirla sin sujetarla á un nuevo exámen y variar su plan. Me proponia yo, primero, rever la traduccion mas detenidamente que lo habia hecho, cuando estaba rodeado de atenciones sérias y de clase mui distinta; segundo, aumentar las noticias sobre el Derecho español, completándolo con sus disposiciones mas recientes; y tercero, colocar cuanto le es relativo, en los párrafos que destina

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Heineccio para el Derecho germánico, y en notas al pié de las respectivas páginas, para que de este modo el estudio de las diferencias entre nuestras leyes y las del Inst. ~~Código~~ de Justiniano fuese mas fácil, que acumulándolas al fin de los tomos. Lo complicado de mi proyecto hubiera retardado casi indefinidamente su ejecucion, si habiendo principiado por encargar á un letrado de mi confianza, que retocase y añadiese lo concerniente á la legislacion española, y habiéndolo este llevado á cabo, no me hubiese visto en la alternativa de guardar inédito su trabajo, ó haberlo de publicar, llenando yo la parte que habia querido reservarme.

No rehuía en balde de acometerla, pues semejante tarea me ha distraido seis meses continuos de las atenciones en que me hallaba ocupado; y seis meses son para mí seis años ahora que mi vida está mui adelantada, y convendria destinar lo que de ella me resta á otras obras mas de mi gusto, que ya tengo medio trabajadas. Helas dejado con todo á un lado, para entregarme á la ingrata fatiga de rever una traduccion, llena todavía de espinas y maleza, á pesar de la mucha que se habia quitado la vez primera. No me detendré, como entónces, en citar los lugares en que se han hecho las variaciones mas notables, porque la lista seria cien vezes mayor, por mas que quisiera acortarla. Baste decir, que apénas hai página que no haya tenido varios retoques, y que algunos son de suma entidad. Los he dado igualmente en la disertacion

de Boehmero *sobre la legitimacion de los hijos de ilícito ayuntamiento*, que va intercalada despues del título X del libro primero; pero habiendo sido infructuosas tambien ahora las mas eficazes diligencias para lograr el tomo de las *Exercitationes ad Pandectas*, donde se halla la antedicha disertacion de aquel célebre jurisconsulto, me ha sido forzoso contentarme con corregir la traduccion sin tener á la vista el original, del que no sé haya un ejemplar, ni en las bibliotecas publicas, ni en las privadas de los letrados de Paris. Esta falta es tanto mas de sentir, cuanto que por el giro de la frase la version castellana parece hecha sobre una francesa, aunque nadie me ha asegurado su existencia.

Los párrafos relativos al Derecho español, que sustituyen á los del Derecho germánico, se han cerrado dentro de paréntesis cuadrados [ ], para prevenir que su contenido no es produccion del autor de las *Recitaciones*. El mérito generalmente reconocido de estas, y las mejoras verificadas en la traduccion, notas y opúsculos agregados, harán que la presente edicion sea acogida con mayor benevolencia todavía que la primera, á la cual es tambien mui superior en la parte tipográfica.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

DISCURSO PRELIMINAR

SOBRE

LA NECESIDAD DEL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO,

POR D. G. M. P.

Pocas cuestiones se pueden ofrecer en el vasto campo de las discusiones legales, que hayan tenido á la vez tantos antagonistas y tantos apasionados, como la de la necesidad de estudiar el Derecho romano, para ser buen legista y consumado jurisconsulto. Hasta mediados del siglo pasado era opinion generalmente recibida, que debia formar la principal ocupacion del abogado; y al decidirse casi todos por las leyes romanas y por las sentencias de los jurisconsultos de aquella célebre nacion, no se tenian, compraban, ni registraban mas libros que los comentadores de ellas. Los Bártulos y Baldos eran consultados á cada paso, y con mucha mas frecuencia que los escritores de la jurisprudencia nacional. Era tanto el respeto que merecia su doctrina, que llegó á reputarse como una heregía legal el separarse de sus decisiones. No parecerá estraño este modo de pensar, si se reflexiona que en las primeras y mas célebres universidades de Europa la legislacion de Roma era la única en que se instruía á todos los que concurrian á ellas; y en las de nuestra nacion no hubo ni se enseñó el Derecho real de España hasta hace mui poco tiempo, en que ministros zelosos,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

conociendo la necesidad de una cátedra para esplicar las leyes de nuestra patria, señalaron en los planes de estudios varios años á tan importante ocupacion. Los que habian estudiado y concurrido á Bolonia y demas universidades de Italia y Alemania, trataron siempre de sostener lo que habian oido á sus maestros y profesores, generalizando así una opinion tan universalmente recibida, que era tenido por de cortas luzes y alcanzes en la carrera legal, el que no la seguía.

Ideas tan arraigadas durarian aun en nuestros dias, si las opiniones de los hombres no mudasen á influjo del tiempo y de otras mil circunstancias que las cambian á cada paso. En todas las cosas los estremos son viciosos y reprensibles, y en lo moral, en lo político, en lo intelectual y en lo material, causan los trastornos, los estravíos, los sistemas, las quimeras y paradojas que vemos diseminadas en el campo de las ciencias físicas, políticas y morales. El hombre, cuando no escucha la voz de la filosofia, y sin colocar las cosas bajo el verdadero punto de vista en que debe verlas, se arroja á formar ideas, crear opiniones, erigir axiomas, sin mas mérito ni otro análisis que las primeras impresiones, impulsado de que otros lo sienten así; pasa con rapidez de un punto á otro, despreciando hoi lo que ántes sostenia con eficazia, y condena y reprueba como error perjudicial la sentencia que ayer clasificaba como dogmática, evidente y de primera demostracion. ¡Cuántas vezes persigue casi con la espada en la mano al partido literario que ántes ciego y entusiasta habia abrazado sin reflexion! El hombre que sin consultar á su razon, ántes de decidirse por esta ó la otra opinion, adopta la que ve seguida por la generalidad, tan indiscreta como el, es un ser degradado que vaga de contradiccion en contradiccion, y se halla espuesto á ser arrebatado por el viento de los mas opuestos pareceres.

Esto ha sucedido á los partidarios y á los enemigos absolutos del estudio del Derecho romano. Los que lo preconizaban como necesario, indispensable, y como la única fuente y segura guia para las decisiones legales, lo proscribieron luego por inútil, inconducente y aún perjudicial á causa de los errores en que, segun su sentir, se nutria á la juventud estudiosa al seguir sus máximas. Su odio y oposicion no se limitaron á estos contradictorios y repugnantes desahogos en tales manifestaciones. Aconsejaron á los monarcas que aboliesen en las escuelas los años que estaban señalados para su enseñanza en los reglamentos de estudios. Arrastrados mas bien del torrente de otra opinion contraria que de su íntimo convencimiento, han impugnado en la especulativa lo que abrazaban en la práctica. Tales el proceder de los que ahora se dicen antagonistas del Derecho romano. Indecisos en varias resoluciones de los diferentes casos en que á cada paso tropiezan, y no pudiendo determinarlos por las leyes del país á que pertenecen, acuden con confianza á aquel para encontrar un suplemento que les ausilie en sus dudas. Entónces es para ellos el santuario mas digno de respeto un lugar, que una hora ántes miraban como profano y sacrílego al acercarse á él.

Al ofrecer al público la presente traduccion de las *Recitaciones* de Heineccio, se deja conocer desde luego cuán distantes estamos de impugnar este estudio; pero por esto no creemos dar márgen para que de aquí se deduzca que á él solo limitamos el estudio de un jurista, á que su necesidad sea tan absoluta, que sin él nada se sepa en materia de política y legislacion. Tan peligroso es abandonar un partido, como abrazar el enteramente contrario. Fijando esta cuestion y reduciéndola á su verdadero centro, para decidirla con la imparcialidad y tino que exige, bien se la puede concebir y resolver en estos términos:

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en el estado de nuestra legislacion y en el de todos los países de Europa, y aún del Nuevo-mundo, es necesario el estudio de la jurisprudencia romana, para comprender muchas leyes con perfeccion, saber su orígen, los motivos por que se dictaron, y los casos en que tendrán mejor aplicacion.

Entrando en el exámen y pruebas de esta asercion, si hubiésemos de apoyar nuestro dictámen en autoridades respetables, pueden citarse infinitas en confirmacion de la utilidad y necesidad, en el sentido que dejamos espuesto, del estudio del Derecho romano. Los mas célebres jurisconsultos, los abogados de mayor nombradía, los legisladores mas sabios acuden á él en sus escritos, defensas y discursos, apoyando sus opiniones con testos deducidos de aquella legislacion sábia. Mui pocas naciones hai, aún despues de los esfuerzos que sus antagonistas han hecho para desterrarlo, en que los primeros años de la carrera no los ocupe la juventud en estudiar este Derecho y su historia. En Alemania, como que su derecho civil es una copia del romano, se entregan con asidua aficion á él, y en todos tiempos han salido de sus escuelas los que han escrito los mejores tratados de legislacion. La Francia, aún despues que organizó la suya bajo un método sencillo, preciso y casi matemático, no descuidó este estudio para formar los célebres abogados que desde el siglo de Luis XIV honran con sus luzes aquella nacion. Se ha hecho así con mayor empeño desde que el inmortal Portális, al tiempo de la discusion del código civil, dijo que este no era mas que las Instituciones de Justiniano adicionadas en lo tocante á los usos y derechos, que en tiempo de los romanos no se conocian. Así es que desde entónces, en cuantos planes de educacion se han dado á los establecimientos literarios, se ha exigido como indispensable el estudio del Derecho romano en los primeros años de la

carrera; á pesar de que en aquella nacion era acaso ménos necesario que en otras, en que no se cursa el Derecho natural y de gentes, como en ella. En los mismos Estados-Unidos de América, en donde hai una legislacion enteramente nueva, se cursan simultáneamente las leyes del país, comparadas con las romanas, en unas instituciones formadas al intento sobre ambas jurisprudencias. En las dos naciones que mas descuellan por su saber y riqueza, la Francia é Inglaterra, todos los hombres que han brillado en sus tribunales, ya como simples abogados, ya como juezes, ya como fiscales y defensores de sus leyes, han sido los que jamas dejaron de la mano el Código, las Pandectas y los escritores alemanes, que con mas filosofía las han esplicado. Le Maistre, Patru, Tillemont, Cochin y D'Agnesseau se han inmortalizado, los unos en las reuniones *mercuriales*, los otros en sus discursos parlamentarios, aquellos en sus defensas forenses, y estos en sus sentencias y resoluciones, por las luzes con que las adornaron y fundaron, bebidas en la copiosa fuente del Derecho romano. Hoi mismo Dupin y Laromiguiere deben su crédito y fama oratoria al fondo de nociones y erudicion que despues de largos años de desvelos y fatigas han aprendido en el mismo manantial. Como quiera que sea, la voz de los abogados mas acreditados, el sentir razonado de los jurisperitos sólidos y filósofos, y la práctica de todas las naciones persuaden la importancia de un estudio, sin el cual queda el abogado como manco é imperfecto, careciendo de un recurso necesario para salir con felizidad de mil cuestiones y dudas.

Razones de otra natureleza mas evidentes y demostrables, que no se deducen de la autoridad comun, persuaden la verdad que vamos demostrando. Estas mismas tienen presentes los príncipes, cuando mandan y prescriben en los reglamentos generales de educacion pública que se

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

principie por estudiar el Derecho romano, como que es la guia para conducir á los jóvenes, á que con mas claridad lleguen á comprender el sentido y espíritu de las leyes de su país. Dígase lo que quiera del Derecho romano, á los ojos del hombre reflexivo y meditador siempre será la razon ilustrada en su mayor grado de cultura, y la moral mas pura que el Autor de la naturaleza escribió en el corazon del hombre, reducida á leyes escritas: es siempre la jurisprudencia universal, pues comprende los primeros y mas sublimes principios de equidad y justicia, metodizados por una nacion, á la que parece habia criado el cielo para dominar eternamente sobre los demas pueblos, por su razon y sabiduría. Sus leyes son aplicables á todos los tiempos, países y personas, por cuanto sus autores mas bien cuidaron de fijar en sus códigos los arcanos generales de la justicia, que de entrar en minuciosidades y preceptos particulares, que son obra de las circunstancias, de las condiciones y de la diversidad de personas. Todo respira en él aquella elevacion de sabiduría, aquella profundidad de buen sentido, y por decirlo todo en una palabra, aquel espíritu de legislacion, que fué el carácter propio y singular de los señores del mundo. Puede decirse que todavía estiende Roma su imperio á todas las partes del orbe por el influjo que ejerce en sus diversas legislaciones, despues de haber dejado de regirlas con su autoridad. Parece con efecto que la justicia solo ha revelado sus misterios á los jurisconsultos romanos. Dictando leyes, mas bien como legisladores que como jurisconsultos, merecieron por lo aventajado de sus luzes dar leyes á la posteridad, aunque no eran mas que unos simples particulares. Leyes tan estendidas como durables, todas las naciones las consultan aún al presente, y todas reciben de ellas respuestas de eterna verdad. No se han limitado los jurisconsultos romanos á intepretar las XII Tablas y el Edicto del pretor; sino que son los mas seguros intérpretes de nuestras leyes, porque acomodan, por decirlo así, su genio á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres, y por los principios que nos dan, nos sirven de guia, aún cuando caminamos por una senda que les fué desconocida. Así se esplica con oportunidad sobre la legislacion de Roma el mas célebre canciller de los franceses.

Las máximas regulares de Derecho público, los preceptos de ecocomía política y civil, las facultades de los gobernantes, los derechos y prerogativas de los gobernados; el modo de adquirir, aumentar y conservar la propiedad, de comunicarla á los descendientes, de vindicarla, de trasladarla, de donarla; la seguridad de las personas, sus diversas clases y estados; el órden gradual de magistrados y tribunales; las máximas para que administren con rectitud é imparcialidad la justicia; la clasificacion exacta de delitos; las circunstancias necesarias para conocer cuándo son mas ó ménos graves; las penas determinadas con exactitud aritmética; los juícios regulados; las acciones sistematizadas; los caminos y medios descubiertos para repeler los daños y librarse de las ofensas; en fin todos los puntos de Derecho público y privado con respecto á las autoridades y á los súbditos, que son los dos grandes brazos de la sociedad, se hallan esplicados en el Derecho romano. En él están echados los fundamentos para cualquier código civil; existen las bases mas principales del criminal, y se hallan las máximas para un código de agricultura y para el de comercio; como que las naciones mas célebres y comerciantes del orbe siempre decidieron sus asuntos mercantiles por los preceptos de aquella, hasta que crearon nuevos códigos.

Ya hemos dicho, y la historia nos lo confirma, que los romanos llegaron á dominar las demas potencias por sus

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

armas; y como es prerogativa de todo pueblo conquistador dar sus leyes y usos al vencido, por esta razon y por ser aquellas las mejores del mundo, todos los pueblos que se sometieron á su yugo, las adoptaron por muchos siglos. Identificados ya con esta legislacion, y siendo los usos y costumbres posteriores modelados por ella, los reyes y monarcas, al formar los códigos para sus respectivos dominios, tuvieron que vaciarlos en aquellas leyes y en las decisiones de los jurisconsultos del Lacio, por las que tanto tiempo habian regido á sus pueblos. El código de Alonso el Sabio, el de Gustavo, el de Federico II, el de José II, el de Catalina, el de Leopoldo, el de Suecia y Dinamarca, el de Napoleon en tiempo de la república, y el de Luis XVIII en tiempo de la restauracion, bien analizados, no son mas que las Instituciones de Justiniano En prueba de esta asercion tenemos la autoridad del laborioso Cocceyo, quien en los comentarios que hizo del de Federico, lo ha demostrado hasta la evidencia, lo mismo que Dupin hizo respecto del frances. En igual caso está la nacion inglesa. Prescindiendo de los actos bárbaros y atrozes que oscurecen su legislacion, hijos de los siglos de hierro y de oscuridad, todo lo demas que hai en ella de bueno, es tomado de los códigos de Roma. En las instituciones que el erudito jurisconsulto Blackstone ha formado para esplicar las leyes de su país, y que sirven de testo en las universidades, no hace mas que vaciar la legislacion romana, para apoyar la de su patria, manifestando la concordancia de la una con la otra; y es bien cierto, que sin este trabajo no se comprenderia la legislacion inglesa, esplicada por este genio singular. Su obra se consulta y aprecia en términos, que se tiene por el primer oráculo en materia de Derecho.

Si fuera fácil reducir á los cortos límites que debe abrazar un discurso preliminar, todo lo que puede alegarse

para inculcar la necesidad del estudio del Derecho romano, podrian llenarse algunas páginas sin temor de incurrir en repeticiones ni vaciedades. ¿Cuánto no pudiéramos estendernos entrando en el análisis particular de las leyes de cada país, comparándolas con las de Roma? ¿Qué demostracion tan evidente de la verdad que llevamos sentada, resultaria al ver que las unas no son mas que copia de las otras? El trabajo seria largo é impropio de este lugar; pero seguramente daria el mayor grado de evidencia á la materia. Nos convenceríamos de que lo mejor que se encuentra en las legislaciones modernas, es hijo de aquella en los tres puntos que abraza el Derecho. Veríamos que hasta el idioma legal no se puede comprender, si se carece de las nociones indicadas; observaríamos que las fórmulas y trámites judiciales son sacados de aquel Derecho; y concluiríamos asegurando que la legislacion del pueblo romano es la madre de todas las modernas que se conocen. Mui peregrino é ignorante debe ser en la historia el que se atreva, no digo á contrariar, pero ni aún á dudar de unas verdades tan sencillas y que se palpan por sí mismas. Satisfechos de que el ilustrado jurisconsulto y el abogado filósofo las conocen, nos abstenemos de hablar sobre la necesidad de este estudio para los españoles, si han de entender su legislacion y sus mas célebres códigos, contentándonos con copiar las palabras, con que un ilustre jurisconsulto español (1), honor de la toga y de la magistratura, forma el elogio mas acabado del Derecho de Roma, cuando lo llama *sabio en sus principios, claro en su método, sencillo en sus aplicaciones, la verdad legal por escelencia y lo mas sublime de la moral y de la razon, que por conocerlo así el sabio Rei de España, lo trasladó todo á su inmortal código.*

(1) Villafáñez, *Discursos sobre el Derecho*, manuscritos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

No obstante, para satisfacer mejor nuestro propósito, se indicarán unas cortas reflexiones, que á la vez acrediten y convenzan lo útil que es, y aún necesario, para los que siguen la carrera de leyes en España, dedicarse con asiduidad al estudio analítico y filosófico de las leyes romanas. No nos traslademos al tiempo en que aquellos conquistadores dominaron á España, cuando, ya que no diesen leyes, introducirian al ménos ciertos usos y costumbres, que nunca serian mas que los preceptos de sus leyes civiles. El hombre bajo la lei, en cualquiera sociedad, cuando obra, cuando contrata y cuando ejercè algun acto civil, lo hace segun aquella le prescribe, y no deja de hacer sino lo que ella le prohibe, por manera que todos sus actos no son mas que la lei en ejercicio, observándola ó infringiéndola. No nos detengamos tampoco en el exámen de los demas códigos que han regido la España ántes del célebre de las *Partidas*, hasta cuyo tiempo este reino bien se puede asegurar que no tuvo legislacion fija, determinada y general, sino que unas provincias se regian por unos fueros, otras por otros, por manera que tantos eran los códigos cuantas las provincias ó partes en que estaba dividido el imperio español. Subió al trono aquel rei sabio, llegó el tiempo en que la sabiduría ocupaba el solio; la resplandeciente y clara antorcha de la verdad iluminaba el real palacio de uno de los mayores monarcas; la justicia sentada al lado del trono presidia su consejo, y las cámaras y salones imperiales se veian convertidos en academias, donde el jurisconsulto y el filósofo eran igualmente acatados que los magnates y poderosos. Esta fué la circunstancia feliz, en que se proyectó la redaccion de un código, uniforme, general, y que, derogando los anteriores, siguiese y gobernase en todos los dominios españoles, y en la que un rei que habia nacido para hacerse inmortal y célebre, mas por su sabiduría que

por su cetro y corona, echó los fundamentos de tan grandiosa obra. Por este motivo la posteridad entona sin cesar cánticos de gratitud y alabanza á la gloria de un soberano que, domiciliando las ciencias en Castilla, echó los cimientos de la pública felicidad con sus nuevas leyes. Y ¿cómo podrá estudiarse, entenderse y esplicarse este código, digno de los mayores encomios en todos tiempos, que debe durar tantos siglos cuantos haya necesidad de administrar justicia con rectitud; cómo se comprenderá este código, sin haber adquirido ántes nociones mui circunstanciadas de las leyes romanas? En todas y cada una de sus partes están copiadas muchas de ellas, y el código, que las contiene, en sentir de los mas célebres jurisconsultos españoles, no es mas que las Pandectas. Su inmortal autor, aconsejado por los Tribonianos de su reino, quiso coordinar con mano diestra una obra tan perfecta de legislacion, que arrebató la admiracion de todos, pues en él brillan á la par la justicia, la majestad, la sencillez, la claridad y precision en los oráculos y decisiones civiles y canónicas, apoyadas unas vezes en las sentencias de los jurisconsultos romanos, otras en las de los pontífices y concilios, varias y muchas en los dichos de los sabios, filósofos y Padres de la Iglesia, segun la diversidad de títulos y materias.

Por esta lijera observacion se colige fácilmente la importancia y necesidad que tienen los jóvenes, que se dedican á la carrera de abogados, de estudiar el Derecho romano, para despues comprender sus leyes en el principal de sus cuerpos legales. Sin él ¿qué entenderá el cursante de leyes, cuando le pongan en las manos unas instituciones de su jurisprudencia, de la accion pauliana, concedida y consagrada en este código en favor de los acreedores, cuando los deudores venden sus bienes con fraude y dolo de aquellos? ¿Cómo la accion, que en virtud

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la lei falcidia compete al instituído heredero en testamento, para deducir la cuarta parte cuando son muchas las mandas y legados que se han dejado en el testamento, cuya accion de los romanos pasó á nosotros en el *tít.* 11. *de la Part*, 6? ¿Cómo la cuarta trebeliánica, que se concede á los herederos fiduciarios, establecida en la *lei* 14 *tít.* 5. *Part.* 6? ¿Cómo la renuncia del senadoconsulto veleyano, para que las mujeres puedan ser fiadoras de sus maridos, que está copiada en nuestras leyes de Toro? Mil casos y pasajes de esta naturaleza se pueden presentar y ofrecer á cada paso en que el principiante se hallará embarazado, si no se ha preparado para estudiar su legislacion con el conocimiento de la romana. En materia de donaciones, de testamentos, de mandas, de codicilos, de legados y herencias, el Derecho español es casi una fiel copia del romano con algunas mutaciones segun sus usos y costumbres. En los fideicomisos ¿quién no ve una semejanza de nuestros mayorazgos y vinculaciones, pudiendo acomodarse las doctrinas de aquellos á las dudas de estos, en las complicadas cuestiones que el capricho, arbitrariedad, orgullo, ignorancia y mala direccion de los fundadores, suscitan todos los instantes en el foro? Los escritores de ménos fárrago, y que con alguna claridad han ilustrado la materia, siempre se valen de la doctrina establecida por los emperadores en los fideicomisos

Algunos antagonistas del Derecho romano, mas prudentes que otros, pretenden que pueden ahorrar á los jóvenes su estudio, presentándoles unas Instituciones para las escuelas, filosóficas y mas metódicas que las que tenemos, en que se instruyan en las leyes con nociones sacadas del Derecho romano. Prescindiendo de que carecemos de un libro tan necesario como interesante, ni aún en este caso seria inútil conocer el Derecho romano.

Los jóvenes, circunscribiéndose á lo que solo han visto en las Instituciones, no sabrian elevarse á las fuentes verdaderas, para tomar el hilo de sus raciocinios y demostraciones jurídicas, ni penetrar el fundamento y motivo de varias leyes; es decir, carecerian de filosofía legal, cuya ciencia sin la menor ponderacion está vinculada á la legislacion romana.

Despues de tantos elogios y encomios como llevamos hechos de ella, no se crea que pretendemos eximirla de defectos, ni paliar ciertas manchas que oscurecen su brillo en algunas partes. Obra de los hombres, y de hombres constituídos en diversas posiciones, mandados por diferentes autoridades, unos dias libres, otros esclavos, un siglo bajo los cónsules y otro bajo los emperadores, preciso es que se resienta de algunos vicios y defectos, de que no se han libertado las legislaciones de los hombres mas célebres. No obstante siempre será un Derecho comun, una justicia universal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar; y porque en nuestra patria están señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas la *Recitaciones* de Heineccio, cuyo mérito es superfluo recomendar, cuando de todos es sabida la aceptacion que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

COMPÉNDIO HISTORICO

DEL DERECHO ROMANO

DESDE ROMULO

HASTA NUESTROS DIAS,

POR M. DUPIN.

CAPÍTULO I.

DERECHO ROMANO EN TIEMPO DE LOS REYES.

Roma formada, por decirlo así, por aluvion, y compuesta en su orígen de una multitud de bandidos, que hacian de ella, mas bien una guarida que una ciudad, no tuvo en sus principios ninguna lei escrita.

El uso (1) solamente gobernaba los negocios, y en su defecto se recurria al rei, cuya voluntad era en cierto modo una lei viva y animada, *viva ac spirans lex*.

Esta voluntad se manifestaba por *edictos*.

Mas sea que esta forma de gobierno degenerase desde entónces en arbitrariedad, ó que desagradase á un pueblo, zeloso siempre de una libertad, de que no sabia gozar, lo cierto es que pidió leyes.

Desde este momento los reyes comenzaron á consultar al pueblo, y el resultado de la voluntad general hacia la *lei*.

Los reyes mismos debian someterse á su decision, como Tácito lo observa de Servio Tulio : *qui præcipuus sanctor legum fuit, queis etiam reges obtemperarent*. *Annal*. lib. 3. c. 26.

(1) L'usoé il legislatore il piú ordinario delle nazioni. *Beccaria*, §. 42.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

CAPÍTULO II.

DERECHO ROMANO HASTA LAS XII TABLAS.

Despues de la espulsion de los Tarquinos, el poder supremo fué trasferido á dos cónsules, *ne potestas, vel morâ, vel solitudine corrumperetur*. Tit. Liv. IV, c. 2. Por lo demas estos cónsules tenian la misma autoridad que habian ejercido los reyes, diferenciándose únicamente de ellos, *vocabulo, numero, ac diuturnitate dignitatis*.

Bajo este nuevo gobierno las leyes reales conservaron aún por mucho tiempo su vigor, y Cayo Papirio las reunió en un solo cuerpo, que se llamó del nombre de su autor *Jus papirianum*. *L.* 2. *Dig. De orig. jur.*

Sin embargo muchas de estas leyes, sin que se vea que hayan sido formalmente derogadas, habian quedado sin fuerza, porque no convenian ya con la nueva forma de gobierno. En su consecuencia fué indispensable que los cónsules, imitando á los reyes, decidiesen con conocimiento de causa todos los puntos no previstos por leyes. *Dionys. Halicarn. lib.* 10. *cap.* 1.

Pero como Bruto habia hecho jurar al pueblo mantenerse eternamente en su libertad, y la máxima fundamental de la república era mirar esta libertad como una cosa inseparable del nombre romano; un pueblo nutrido con este espíritu de independencia, que se creía nacido para mandar á los otros pueblos, y á quien Virgilio llama por esta razon pueblo rei; no queria recibir leyes sino de sí mismo.

Así es que, tanto en tiempo de los reyes como bajo los cónsules, los ciudadanos de Roma recobraron el poder legislativo; y despues de haber obtenido tribunos, los plebeyos, opuestos siempre al senado, dieron bajo la presidencia de estos magistrados ordenanzas llamadas *plebiscita* diferentes de las leyes propiamente dichas, *populiscita*.

Nada fué entónces mas frecuente que ver los plebiscitos en contradiccion con los edictos consulares. Cada uno se arrogaba el poder legislativo: los cónsules se lo atribuian, y los tribunos lo reclamaban para el pueblo, hasta que al fin uno de estos logró se decidiese que los cónsules observaran tambien en adelante las leyes hechas por el pueblo: *quod populus in se jus dederit, eo consulem usurum*. Tit. Liv. III. c. 9.

Para poner un término á tan deplorable conflicto, se acordó el año 300 de Roma enviar diputados á la Grecia, á fin de que instruyéndose en sus leyes, las compilasen y acomodasen á las costumbres de los romanos.

Á la vuelta de estos diputados se crearon los decenviros, cuyo jefe era Apio Claudio; y se les encargó poner en un cuerpo ordenado las leyes que aquellos habian traído.

Los decenviros, ausiliados por Hermodoro, ilustre desterrado de Éfeso, se dedicaron á este trabajo con tanto ardor, que en el año de 303 sometieron á la aceptacion del pueblo sus leyes, grabadas sobre diez tablas de bronce, á que añadieron poco despues otras dos.

Tales fueron las leyes de las XII Tablas, que Tito Livio llama *fons universi publici privatique juris*; y que Ciceron prefiere á todas las bibliotecas de los filósofos, *omnibus omnium philosophorum bibliothecis anteponendum opus*; conjunto admirable de lo mas sabio que tenian las antiguas costumbres de los romanos, y de lo mejor que se habia traído de los griegos: *tum ex græcorum jure, tum ex patriis consuetudinibus*, Dionys. Halicarn. X. c. 66.

Los romanos recibieron estas leyes con entusiasmo, y todos los que se dedicaban al estudio de la jurisprudencia debian aprenderlas literalmente, *tanquam carmen necessarium*. Cic. De legib. II. c. 23.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Se aplicaron á interpretarlas los jurisconsultos mas célebres, y S. Cipriano (II. *Epist.* 2.) nos testifica que en su tiempo aún se conservaban íntegras. Sin embargo esto no impidió su destruccion en la época de la irrupcion de los bárbaros, existiendo solo en el dia algunos fragmentos esparcidos en el Digesto y en algunos autores antiguos, que Jacobo Gotofredo ha compilado con inmensa erudicion y enriquecido con escelentes notas.

Sabios hai que aconsejan principiar el estudio de la jurisprudencia por el de estas leyes, que efectivamente nos descubren el orígen de muchas instituciones; pero otros, á cuya opinion suscribo, piensan al contrario, que este estudio no es bueno sino para los que quieran profundizar la ciencia, y de consiguiente que debe decirse al vulgo:

Procul, oh, procul este, profani!

CAPÍTULO III.

DERECHO ROMANO DESDE LAS XII TABLAS HASTA EL TIEMPO DE AUGUSTO.

Los romanos gozaban ya de aquel código que tanto habian apetecido; pero el impulso estaba dado: la lucha del senado y el pueblo se renovaba todos los dias, y era imposible que las leyes dejasen de resentirse de este desórden. Cuanto mas hablaban los legisladores, mas mudas estaban las leyes; las cuales se multiplicaron á lo infinito, y desde entónces pudo decirse: *corruptissimâ republicâ plurimæ leges.* Tacit. Annal. III. c. 27.

Los magistrados plebeyos intentaron muchas vezes despojar á los patricios, no solamente de sus honores, sino de sus bienes: los patricios, por su parte, sostuvieron que los plebiscitos no les eran obligatorios. De aquí aquellos

zelos furiosos entre el senado y el pueblo, entre patricios y plebeyos: los unos alegando que la libertad escesiva se destruye al fin por sí misma; y los otros, temiendo, por el contrario, que la autoridad, que por su naturaleza es siempre progresiva, no degenerase por último en tiranía. De aquí aquellas retiradas de los plebeyos sobre el monte Aventino y el Janículo; y aquella transaccion política que sometió los patricios á la autoridad de los plebiscitos: *ut plebiscita omnes quirites tenerent.* Aulus Gellius, Noct. att. l. 15. cap. 27.

Desde este momento los plebiscitos tuvieron fuerza de lei; no obstante quedaban aún al senado medios con que dominar al pueblo.

Apénas se habian promulgado las XII Tablas, cuando los patricios imaginaron *fórmulas*, sin las que no podia regularmente entablarse accion ninguna. *L.* 2. §. 6 *D. De orig. jur.* Añadieron luego la distincion de dias *útiles* ó *fastos*, en que se podia trabajar: y los dias *feriados* ó *nefastos*, en que habia prohibicion de hacerlo; con cuya mezcla de sutileza y de supersticion formaron lo que ellos llamaban *legis actiones.*

De este modo concentraron en sus manos el conocimiento absoluto de los asuntos contenciosos; y bajo las apariencias del derecho de patronato, que se arrogaban como un atributo de su casta, adquirieron una inmensa autoridad.

Se conoce por lo mismo el interes que debian tener en ocultar á la vista del pueblo esta nueva cadena; pero hácia el año de 449 perdieron esta ventaja. Cneo Flavio, que era el secretario ó amanuense de Apio Claudio el ciego, pudo sorprenderle estas fórmulas, se las robó, y reuniéndolas en un cuerpo, las puso en noticia del pueblo, que en recompensa le condecoró con el título de *edil.* Y esta coleccion de fórmulas se llamó *Jus flavianum.*

En vano trataron los patricios de recobrar su autoridad, estableciendo otras fórmulas: su secreto fué nuevamente descubierto y divulgado por S. Elio Cato, cuya compilacion tomó el nombre de *Jus elianum*.

Á pesar de todo esto los patricios conservaban aún en sus manos dos armas poderosas, la *interpretatio* y la *disputatio fori*.

Las leyes de las XII Tablas habian sido escritas con mucha concision: *eleganti atque absolutâ brevitate verborum*. Gellius lib. 20. cap. 1. Decian mucho en pocas palabras, pero no lo decian todo. Así los patricios, por medio de las interpretaciones que forjaban, sacaban de ellas, por via de induccion, decisiones nuevas, que no resultaban siempre del testo; y de aquí provino que no solamente se les llamaba *interpretes*, sino tambien *auctores et conditores juris*. Cujac. Obs. VII. 25.

Sucedia á vezes que los jurisconsultos no estaban de acuerdo en estas interpretaciones; y entónces se reunian, ó en el foro ó cerca del templo de Apolo, á discutir las cuestiones sobre que disentian, formando el resultado de sus conferencias una decision denominada *recepta sententia*. De estas resoluciones hablan las leyes cuando dicen: *Post magnas varietates obtinuerat.* (*L. ult. Dig. De leg. l.* 32. *Dig. De obligat.*); *Ex disputatione fori veni...* (*Ascan. Pædian, in Verrin.* 3.); *Jus consensu receptum...* (*Inst. De adq. per adrog.*); *Jus commentitium...* (*L. 20. Dig. De pœnis.*)

Los patricios, que, como se ha dicho, ejercian esclusivamente la profesion de jurisconsultos, se guardaban bien de iniciar á los plebeyos en los misterios de su arte: *in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus, potius quam discere volentibus, se præstabant*. Pero Tiberio Caruncanio, que no aprobaba semejantes artería, enseñó públicamente esta ciencia, hasta entónces misteriosa, haciendo, por un rasgo de su generosidad, que la jurisprudencia no fuese por mas tiempo el patrimonio especial de los patricios. Á cualquiera pues era dado ser jurisconsulto, pudiendo desde entónces decirse con verdad:

Tamen imâ plebe quiritem
Facundum invenies: solet hic defendere causas
Nobilis indocti: veniet de plebe togatâ,
Qui juris nodos ac legum ænigmata solvat.

Juv. VII. 47

Á ejemplo de los reyes, los cónsules se habian puesto en posesion de decidir todos los casos no previstos por las leyes. *Dionys. Halic. X.* 1. Mas cuando enteramente dedicados á los negocios de la guerra, se vieron en la necesidad de abandonar los demas asuntos civiles al cuidado de los diversos magistrados que se habian creado para suplirlos, entónces se observó que estos magistrados, y particularmente los pretores, daban edictos sobre los diferentes ramos de administracion que se les habia confiado.

La razon en efecto era siempre la misma, pues si todo debe callar cuando habla la lei, tambien cuando ella enmudece, los magistrados deben suplir su silencio, decidiendo por edictos especiales las cuestiones y casos particulares, que no ha sido posible al legislador comprender en la regla general que estableció: *oportet leges dominos esse, si sint rectè scriptæ; magistratus autem edicere debet de illis de quibus leges exquisitè aliquid decernere nequeant, eò quod non facile sit sermone generali singulos casus comprehendere*. Arist. Polit. III. 11.

Los edictos de los pretores eran de muchas clases: unos llamados *repentina*, que eran los que se daban al instante, y como de improviso, en los casos que ocurrian Otros eran dados *ad perpetuam jurisdictionem*, y se estendian á

todo el tiempo (1) que debia durar la magistratura. Entre estos últimos se llamaban *translatitia* los que el nuevo pretor conservaba de su antecesor; y *nova* los que el nuevo pretor añadia *de suo* al edicto antiguo; porque cada pretor, al entrar en el ejercicio de sus funciones, subia á la tribuna de las arengas, y declaraba (*edicebat*) las reglas que seguiria para la administracion de justicia. Este edicto se ponia despues por escrito inmediamente *in albo*.

Los edictos no tenian de ordinario mas objeto que ayudar á la letra de las leyes, y suplirlas ó corregirlas : *fiebant adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratiâ. L.* 7. § 1. Dig. De justit. et jur. Por lo demas no era permitido á los pretores mudar directamente la lei, aunque siempre consegnian infringirla, al ménos *indirectamente*, con el ausilio de sus ficciones.

Hai mas; no solo se cometian de esta suerte atentados contra las leyes del estado, sino que tampoco hacian escrúpulo de inovar su propio edicto en el discurso del año; abandonándose á estas inovaciones con tanta mayor lijereza, cuanto que hallaban en ellas un medio seguro para favorecer á sus amigos y vejar á sus enemigos : *hoc faciebant plerumque in gratiam odiumque certorum hominum.* Dion. Cass. lib. 36.

Para poner fin á estos abusos no se encontró otro medio que reclamar la observancia de aquel edicto célebre: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*. No obstante esta barrera parecia aún mui débil; y en el año 585 de Roma se estableció un senadoconsulto, que fué convertido en lei al año siguiente, para que los pretores administrasen justicia, durante el período de su

(1) Es decir, un año; y por esto Ciceron, en su segunda Verrina, n. 42, llama al edicto del pretor *lex annua cui finem adferant kalendæ januariæ*.

magistratura, en conformidad á los edictos, que hubiesen promulgado al entrar en sus destinos : *ut prætores ex edictis suis perpetuis* (*id est. per totum annum mansuris*) *jus dicerent*; ó (como dice Dion. Cassio. lib. 36.) *ut et statim prætores principio ediderent quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent.*

Desde entónces el Derecho pretoriano, *Jus honorarium*, fué mas permanente, no se mudó ya sin necesidad, y los edictos de los antiguos pretores, casi siempre conservados por sus sucesores, formaron despues un cuerpo tan respetable de resoluciones, que se juzgaba en tiempo de Ciceron, que en el edicto del pretor, y no en las XII Tablas, era donde debia buscarse la verdadera inteligencia de las leyes : *à prætoris edicto non à XII Tabulis, hauriendam juris disciplinam* Cic. De legib. lib. I. c. 5

En esta época pues el Derecho romano comprendia *plebiscita, legis actiones, jus civile ex interpretatiane prudentum et fori disputatione ortum, et edicta magistratuum.*

Con el estudio de estas leyes se formaron una multitud de ilustres jurisconsultos, cuyos trabajos enriquecieron tambien á su vez las leyes con notas y comentarios. Entónces no hai duda ninguna que la ciencia del Derecho se cultivaba con esmero; y para dar una idea de ello, ántes de llegar al siglo de Augusto, manifestaremos en pocas palabras con qué estudios se preparaba la juventud para entrar en el de la jurisprudencia.

Desde las guerras púnicas, en cuya época las letras y las bellas artes comenzaron á ser honradas en Roma, los jóvenes empleaban sus primeros años en el estudio del griego, pasaban luego al de la gramática, retórica, etc.; y cuando habian llegado ya á la edad de tomar la toga viril, se preparaban á los combates de la tribuna, donde á poco tiempo solian presentarse al lado de algun célebre personaje. Otras vezes principiaban sus estudios viajando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á Aténas, Ródas, Mitilena ó Marsella, para perfeccionarse en estas ciudades, léjos de los placeres y de la corrupcion de Roma; ó bien seguian la carrera de las armas, sin que por esto los ejercicios militares les impidiesen entregarse á la cultura de las letras y de las artes. *Vell. Pat.* 1. 13. *Suet. in Cæsar.* 36., *in August.* 84.

En cuanto á los que se dedicaban al estudio de la jurisprudencia, trataban desde luego de instruirse en los principios de la filosofía, prefiriendo por lo general la de los estoicos. Despues tomaban por modelo á algun sabio jurisconsulto, bajo cuya direccion aprendian á responder á las consultas y defender las causas, observando siempre en sus trabajos el método con que aquel ejercia la profesion. Preparados de esta suerte, y cuando al cabo de cierto tiempo se creian ya con fuerzas bastantes para volar con sus propias alas *cum studiorum habebant fiduciam*, ponian su estudio á parte y se dirigian solos; siendo digno de advertirse, que entónces no habia necesidad de recurrir á ningun tribunal ni corporacion para tomar el título de jurisconsulto.

CAPÍTULO IV.

DERECHO ROMANO DESDE AUGUSTO HASTA CONSTANTINO.

La república romana no degeneró en monarquía, ni bajo la dictadura de César, que no fué de larga duracion, ni tampoco inmediatemente despues de su muerte. Esta revolucion no se verificó hasta el año 722 de Roma, en el cuarto consulado de Octavio y de M. Licinio Craso.

En esta época Bruto y Casio estaban derrotados, la república carecia de ejércitos, el partido de Pompeyo habia sido destruido en Sicilia, Lépido estaba separado

del gobierno, Antonio habia muerto, y el partido mismo de César no reconocia otro jefe sino Octavio. Este dejó el título de triunviro, portándose en lo sucesivo como cónsul, y contentándose con agregar á este título el poder tribunicio, que únicamente afectaba querer conservar para defensa de los plebeyos.

Mas cuando con sus liberalidades logró ganar el ejército, enervar á Roma con una inmensa abundancia, y cuando consiguió que todas las clases del estado estuviesen como embriagadas en los placeres y el reposo, entónces se le vió engrandecerse poco á poco, arrogándose las facultades del senado, la jurisdiccion de los magistrados, y hasta el poder de las leyes, sin que hubiese nadie que se atreviera á oponérsele, *nullo adversante* (1).

Es constante que este nuevo órden de cosas, introduciendo nuevas costumbres, habia de exigir tambien nuevas instituciones; pues las leyes del anterior gobierno no eran ya enteramente compatibles con el que le habia subseguido. Por lo mismo Augusto, el mas político de todos los príncipes, puso el mayor cuidado en acomodar el Derecho romano á la constitucion actual, y dar á los romanos una legislacion *vincular*.

Seguramente no hacia en esto mas que imitar á Cesar, quien, segun refiere Suetonio (2), tambien quiso dar nueva

(1) Postquam Bruto et Cassio cæssis, nulla jam publica arma, Pompejus apud Siciliam oppressus, exutoque Lepido, interfecto Antonio, ne Julianis quidem partibus, nisi Cæsar dux reliquus; posito triumviri nomine, consulem se ferens, et ad tuendam plebem tribunitio jure contentum, ubi militem donis, populum annonâ, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia Senatus, magistratuum, legum, in se trahere cœpit, nullo adversante. *Tacit. Annal. l.* 2.

(2) Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensâ diffussâque legum copiâ, optima quæque ac necessaria in paucissimos conferre libros voluit. *Suet. in Jul. c.* 14.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

forma al Derecho civil, reuniendo en un pequeño número de libros lo mejor y mas esencial que pudiera estraerse del cúmulo enorme de leyes antiguas. Su muerte prematura le impidió ejecutar este proyecto, pero Augusto lo realizó, tan luego como sus reiteradas empresas y la fuerza de las circunstancias introdujeron insensiblemente la necesidad del gobierno de uno solo : *quando per partes evenerat, ut necesse esset reipublicæ per unum consulis.* L. 2. §. 11. Dig. de orig. jur.

Sin embargo, como á César le habia salido mui mal el haber ostentado demasiado pronto su poder supremo ; y como su muerte sangrienta daba todavía pruebas é instrucciones bastantes á su sucesor, para que conociese lo difícil que debia ser conservar un imperio conquistado por la fuerza, en medio de un país libre (1): Augusto, mas diestro, supo conducirse con tal habilidad y prudencia, que usó del mando con buen éxito y á medida de sus deseos.

Efectivamente fingió dejar al senado la misma autoridad que tenia ántes, no hizo variacion ninguna en los títulos de los magistrados, y les conservó todas sus insignias y distintivos, para encubrir mejor sus dolosos designios. Los cónsules continuaban marchando precedidos de hazes como en tiempo de la república. Pero el príncipe habia sabido reconcentrar en sus manos los diferentes poderes que intervenian en los cargos de mayor influencia ; y aunque los nombres eran los mismos, *eadem magistratuum vocabula,* el antiguo espíritu nacional estaba completamente destruido : *nihil usquam prisci atque integri moris supererat.* Tacit. Annal. lib. 1. c. 3. y 4.

Los ciudadanos por lo general conocieron tanto ménos

(1) Cum in aliis plerisque, tum in hoc quoque cum romanis, tanquam cum hominibus liberis agebat. *Dion. Cass. lib.* 53.

el trastorno de la república, cuanto que Augusto tenia la política de no mandar cosa alguna por sí, y consultaba al pueblo, cuando trataba de establecer leyes : *veritus, ne si subito homines in alium deducere statum cuperet, res ea sibi parum esset successura.* Dion. Cass., lib. 53. Mas cuando este, corrompido con las distribuciones copiosas que Augusto le habia hecho de víveres y dinero, solo pensaba en tener pan y juegos, *panem et circenses,* renunció en su favor las prerogativas mas esenciales á la gloria de los romanos : *ei, et in eum omne suum imperium potestatemque contulit* L. 2 §. 11. Dig. De orig. jur.

Tampoco se descuidó el senado en desembarazarle de todas las trabas, eximiéndole por su parte de la sujecion á las leyes, y revistiéndole de atribuciones soberanas para hacer lo que quisiera (1), y no otra cosa : *in ejus acta juravit, eumque solvit legibus, et decrevit ut summo cum jure, omnisque et sui et legum potens, quæ vellet faceret, et eorum quæ nollet, faceret nihil.* Dion. Cass. lib. 53.

Hé aquí lo que los autores del Digesto llaman *legem regiam* (L. 1 pr. Dig. De const. princ.); *Augustum privilegium* (L. 1. §. 14. Dig. De ead. toll.); *legem Augusti* (L. 14. Dig. De manum.); *legem imperii* (L. 3. De testam.); y esta ley no es otra cosa que una recapitulacion de los diversos senadoconsultos hechos en honor de Augusto, y por su interes.

Revestido pues de todas las magistraturas, aparentaba usar únicamente del derecho que estas conferian De consiguiente, cuando ordenaba publicar algun edicto para las provincias, lo hacia como *procónsul*; en la ciudad

(1) Opóngase á esta bajeza aquel bello pasaje de d'Aguesseau, tomo 1. p. 7: *Las mas nobles imágenes de la divinidad, los reyes, que llama la Escritura* los dioses de la tierra, *no son nunca mas grandes que cuando someten toda su grandeza á la justicia, y cuando abaten al título de* señores del mundo *el de* esclavos de la ley.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obraba *en virtud del poder tribunicio*; en el ejército, *tamquam imperator*, en materias de religion, *tamquam pontifex maximus*. De esta manera parecia que todo marchaba por su órden regular.

Creó despues nuevas dignidades, para ir disminuyendo el brillo de las antiguas; y para que, multiplicadas las criaturas de su poder, fuesen mas los interesados en sostenerlo.

Últimamente Augusto, que conocia cuánto podia temerse de la influencia de los jurisconsultos, supo discurrir tambien un medio para sacar de ellos una grande utilidad. Por lo mismo hizo los mayores esfuerzos para ganarlos y servirse de su reputacion, ya para barrenar la autoridad de los pretores, ya para dar á la legislacion el giro que le convenia. Á este fin restringió el ejercicio de la profesion (que ántes era libre y permitida á todos) únicamente á aquellos que él juzgase dignos del honor de ser jurisconsultos, dando tanta fuerza á sus respuestas, que los jueces debian conformarse con ellas. *L.* 2. §. 47. *Dig. De orig. jur.*

Entónces fué cuando los jurisconsultos principiaron á firmar sus respuestas ó consultas, y á poner su nombre al pié de sus obras. *Senec. De benefic.* 7. 16. *l.* 2. § 47. *Dig. De orig. jur.* Y hé aquí cómo logró Augusto hacerlos de su partido, á escepcion del insigne Labeon (el mas sabio y famoso entre todos los jurisconsultos de aquel tiempo), á quien los elogios del mas severo de los historiadores verídicos, vindicaron bastante de los sarcasmos del mas bajo de los poetas cortesanos.

Su indiferencia á los honores que le ofrecia Augusto, hizo nacer entre los jurisconsultos dos sectas, cuyos principios eran distintos en muchos puntos. Ateyo Capito, jefe de una, sostenia escrupulosamente cuanto se le habia enseñado; y Labeon, al contrario, libre por su carácter, lleno de confianza en su doctrina,

nullius assuetus jurare in verba magistri,

y por otra parte, adornado de una multitud de bellos conocimientos, dió á luz opiniones enteramente nuevas. *L.* 2. §. 47. *Dig. De orig. jur.*

Este fué el estado de la jurisprudencia en tiempo de Augusto.

Tiberio, su sucesor, el mas desconfiado de los tiranos, practicó todos los artificios de su antecesor; y rico ya con los descubrimientos y esperiencia de Augusto, los fortificó con los nuevos medios que su genio pudo inspirarle. Así en el principio de su reinado usó de la política y de la deferencia; y miéntras pudo tener á Germánico incierto de su poder (*ambiguus imperandi*), no hizo lei alguna, ni publicó un solo edicto sin consultar al senado, ó sin cubrirse con el velo de la potestad tribunicia. Mas tan luego como tiñó sus manos con la sangre de este jóven príncipe, á quien tanto temia por sus virtudes, sus raras cualidades y el amor de los romanos, arrojó la máscara, y pensando únicamente en hacerse temible, persiguio encarnizado á los que proferian cualquier especie contra él ó contra los suyos. Era su divisa, *oderint dum metuant.*

Es verdad que Tiberio, á ejemplo de Augusto, toleró que el pueblo continuase reuniéndose por centurias ó por tribus; pero á poco tiempo, so pretesto de que el gran número de ciudadanos hacia mui difícil su convocacion, trasfirió al senado todos los derechos de los comicios. Entónces el príncipe pudo ya llegar á ser déspota impunemente: el senado le estaba adicto con tal bajeza, que ninguno de sus miembros hubiera tenido valor para contrariarle en lo mas mínimo, y sobre todo en una época en que ya no se daban los sufragios por escrutinio, como en las antiguas reuniones del Campo de Marte ó del Foro, sino que cada uno debia votar en alta voz á presencia del

césar, quien, Júpiter de sus esclavos, *cuncta supercilio movebat*.

Desde este momento el poder legislativo solo residia en el pueblo idealmente, pues aunque, cuando los emperadores querian establecer alguna lei, cuidaban de proponerla al senado *per suos quæstores candidatos*, este nunca dejaba de hacer un senadoconsulto (1) á su satisfaccion y bajo su acuerdo; siendo por consiguiente el senado en las circunstancias peligrosas un escudo con que se cubrian los emperadores contra los tiros del odio popular.

La jurisprudencia nada debe al sucesor de Tiberio. Este monstruo, que no tenia de humano mas qué la figura, llevó su estravagancia hasta el estremo de hacer nombrar cónsul á su caballo. No es pues maravilla que hubiese tratado de estinguir la ilustre órden de los jurisconsultos, y que aspirase á no dar por lei sino sus caprichos (2). Por fortuna fué tan corta su tiranía, que no tuvo tiempo para ejecutar sus execrables designios.

Claudio, inmediato sucesor del trono, abolió todas las constituciones (3) de su antecesor, y por lo mismo nada se ve en el Cuerpo del Derecho que nos recuerde la autoridad absoluta de Calígula.

Bajo el imperio de Adriano se perfeccionó la jurisprudencia. Imitador de Numa, pretendió dar leyes á su pueblo, y con este objeto ordenó la formacion del *Edicto perpetuo*. Esta obra importante fué confiada al jurisconsulto Salvio Juliano, que se hallaba entónces de pretor.

El fin del Edicto perpetuo era reunir en un volúmen todos los edictos anuales de los antiguos pretores: sin embargo Juliano no se contentó precisamente con compilarlos, sino que en las ocasiones y lugares que le parecia oportuno, insertó decisiones nuevas, y suprimió otras como ya anticuadas, ó las adoptó bajo ciertas modificaciones. Concluído este trabajo, Adriano lo presentó al senado, quien lo aprobó sin dificultad por medio de un senadoconsulto.

Ha sido tal la autoridad de este Edicto, que desde su publicacion sirvió de regla fija é invariable del Derecho, y por esto se le llamó *Edicto perpetuo*. Aul. Gell. 10. 15. En las provincias fué recibido con la misma aceptacion que en Roma; pero con la diferencia de que en Roma era denominado *prætorium, urbanum ó urbicum*, y en las provincias *provinciale*.

Desde la promulgacion de este Edicto, no solamente los magistrados no permitieron introducir un Derecho nuevo, sino que los príncipes mismos se lisonjeaban en proclamar que á nadie era lícito derogarlo (L. 13. *C. De testam.*); que seria un absurdo apartarse de sus disposiciones (*L. 2. C. De cod. insert*); y que en vano se reclamaria lo contrario (*L. 2. C. De succes. edict*); que se tendria por temerario al que solicitase eximirse de las penas establecidas en este Edicto (*L. 2. C. De in jus vocando*); que nada debia esperarse del príncipe, cuando se le pidiesen cosas opuestas á Derecho (*L. 1. C. hermog. De column.*). En fin Paulo nos dice, que ni aún habia necesidad de apelar de las circunstancias que violaban el Edicto (*L. 7. §. 1. Dig. De appel. recip. vel non.*).

(1) Id pro lege erat, et senatusconsultum dicebatur. *Tacit Annal.* VI. 12.

(2) De juris quoque consultis, quasi scientiæ eorum omnem usum oboliturus, sæpe jactavit se effecturum ne quid respondere possint, pæter eum (*otros leen* præter equum). *Suet in Calig. c.* 34.

(3) El mas celebre de los decretos de Claudio es el que permite al tio casarse con su sobrina, *filiam fratris*. Y en virtud de este decreto, confirmado por un senadoconsulto pudo reemplazar á la adúltera Mesalina con Agripina incestuosa; *talia enim conjugia ad id tempus incesta habebantur*. Suet. in Claud. 26. Tacit. Ann. 12. 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Este nuevo código produjo una mudanza estraordinaria en el estudio del Derecho. En vez de principiar aprendiendo las leyes de las XII Tablas, ó el edicto anual del pretor, fué menester hacerlo por el estudio del Edicto perpetuo; el cual no tardó tampoco mucho en llegar á ser, lo mismo que los otros cuerpos de legislacion, el objeto y asunto de infinitos comentarios de los jurisconsultos.

Adriano introdujo la gran novedad de hacer libre la profesion de la jurisprudencia, como era ántes de Augusto; y concedió el derecho de consultar á todo el que *fiduciam sui haberet*. L. 2. §. ult. Dig. de orig. jur.

Por último, bajo el imperio de Adriano, es innegable que la legislacion tomó decididamente otra nueva forma, pues si los emperadores habian procurado siempre hasta entónces, hacer confirmar sus edictos por medio de algun senadoconsulto, despues no vacilaron mandar con su propria autoridad, y sin que constase siquiera el requisito de la consulta, pudiendo decirse por lo mismo con toda verdad: *Roma est ubi imperator est*. Herodian. Hist. lib. 1. c. VI.

Desde este tiempo las constituciones de los emperadores se llamaron indiferentemente *constitutiones, edicta, decreta, interlocutiones, rescripta, etc.* (1)

En el reinado de los otros emperadores basta Diocleciano, es evidente que florecieron bastantes jurisconsultos, á pesar de los horrores de las revoluciones públicas y de las catástrofes de los césares. Despues fué perdiéndose poco á poco

(1) Macrino, competidor de Heliogábalo, concibió el proyecto siguiente: *Omnia rescripta veterum principum tollere statuit, nefas esse dicens, leges videri Commodi et Caracallæ, hominum imperitorum, voluntates, quum Trajanus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur, quæ viderentur ad gratiam composita.* Jul. cap. in Macrin. c. 13.

la aficion á esta ciencia, sin que hubiese ninguno que pensase en lo sucesivo restituirle su lustre y honor. Es cierto que algunos profesores enseñaban aún en Roma y en Constantinopla la jurisprudencia; pero sus esfuerzos no fueron suficientes para propagar las luzes fuera de estas ciudades; por cuya razon se queja Lactancio de que entónces no existia ya ni elocuencia, ni abogados, ni jurisconsultos: *extinctam esse eloquentiam, causidicos sublatos, jurisconsultos aut necatos aut relegatos.* Lact. De mort. persec. c. 22.

CAPÍTULO V.

DERECHO ROMANO DESDE CONSTANTINO HASTA JUSTINIANO.

La introduccion del cristianismo en el imperio romano y la conversion de Constantino debieron producir en la jurisprudencia varias innovaciones. Con efecto es menester atribuir á dicha causa las leyes de este emperador, relativas á la permision de hacer donaciones á las iglesias (*L. 1. C. De sacr. eccles.*); la supresion de los combates de los gladiadores (*L. un. C. De gladiat.*); la obligacion de celebrar el domingo (*L. 3. C. De feriis*); y otras muchas leyes acomodadas al cristianismo, que hicieron decir: *quod novas leges regendis moribus et frangendis vitiis constituerit, veterum calumniosas ambages resciderit, hæque captandæ simplicitatis laqueos perdiderint.* Nazarius in panegyr. c. 38.

Bajo este emperador la jurisprudencia tuvo nueva vida, y se distinguieron tambien algunos sabios jurisconsultos, tales como Hermogeniano, Charisio y Julio Áquila.

No obstante lo que hizo brillar mas esta ciencia, fué la institucion de las escuelas de Derecho, entre las que sobresalian con especialidad las de Berito, Roma y Constanti-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Este nuevo código produjo una mudanza estraordinaria en el estudio del Derecho. En vez de principiar aprendiendo las leyes de las XII Tablas, ó el edicto anual del pretor, fué menester hacerlo por el estudio del Edicto perpetuo; el cual no tardó tampoco mucho en llegar á ser, lo mismo que los otros cuerpos de legislacion, el objeto y asunto de infinitos comentarios de los jurisconsultos.

Adriano introdujo la gran novedad de hacer libre la profesion de la jurisprudencia, como era ántes de Augusto; y concedió el derecho de consultar á todo el que *fiduciam sui haberet*. L. 2. §. ult. Dig. de orig. jur.

Por último, bajo el imperio de Adriano, es innegable que la legislacion tomó decididamente otra nueva forma, pues si los emperadores habian procurado siempre hasta entónces, hacer confirmar sus edictos por medio de algun senadoconsulto, despues no vacilaron mandar con su propria autoridad, y sin que constase siquiera el requisito de la consulta, pudiendo decirse por lo mismo con toda verdad: *Roma est ubi imperator est*. Herodian. Hist. lib. 1. c. VI.

Desde este tiempo las constituciones de los emperadores se llamaron indiferentemente *constitutiones, edicta, decreta, interlocutiones, rescripta, etc.* (1)

En el reinado de los otros emperadores basta Diocleciano, es evidente que florecieron bastantes jurisconsultos, á pesar de los horrores de las revoluciones públicas y de las catástrofes de los césares. Despues fué perdiéndose poco á poco

(1) Macrino, competidor de Heliogábalo, concibió el proyecto siguiente: *Omnia rescripta veterum principum tollere statuit, nefas esse dicens, leges videri Commodi et Caracallæ, hominum imperitorum, voluntates, quum Trajanus numquam libellis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur, quæ viderentur ad gratiam composita.* Jul. cap. in Macrin. c. 13.

la aficion á esta ciencia, sin que hubiese ninguno que pensase en lo sucesivo restituirle su lustre y honor. Es cierto que algunos profesores enseñaban aún en Roma y en Constantinopla la jurisprudencia; pero sus esfuerzos no fueron suficientes para propagar las luzes fuera de estas ciudades; por cuya razon se queja Lactancio de que entónces no existia ya ni elocuencia, ni abogados, ni jurisconsultos: *extinctam esse eloquentiam, causidicos sublatos, jurisconsultos aut necatos aut relegatos.* Lact. De mort. persec. c. 22.

CAPÍTULO V.

DERECHO ROMANO DESDE CONSTANTINO HASTA JUSTINIANO.

La introduccion del cristianismo en el imperio romano y la conversion de Constantino debieron producir en la jurisprudencia varias innovaciones. Con efecto es menester atribuir á dicha causa las leyes de este emperador, relativas á la permision de hacer donaciones á las iglesias (*L. 1. C. De sacr. eccles.*); la supresion de los combates de los gladiadores (*L. un. C. De gladiat.*); la obligacion de celebrar el domingo (*L. 3. C. De feriis*); y otras muchas leyes acomodadas al cristianismo, que hicieron decir: *quod novas leges regendis moribus et frangendis vitiis constituerit, veterum calumniosas ambages resciderit, hæque captandæ simplicitatis laqueos perdiderint.* Nazarius in panegyr. c. 38.

Bajo este emperador la jurisprudencia tuvo nueva vida, y se distinguieron tambien algunos sabios jurisconsultos, tales como Hermogeniano, Charisio y Julio Áquila.

No obstante lo que hizo brillar mas esta ciencia, fué la institucion de las escuelas de Derecho, entre las que sobresalian con especialidad las de Berito, Roma y Constanti-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nopla. Estas adquirieron tanto favor y proteccion, que Justiniano, para conservarlas en todo su esplendor, les concedio el privilegio esclusivo de enseñar el Derecho públicamente, haciendo ademas cerrar otras rivales que acababan de abrirse en Alejandría y en Cesarea.

La de Berito era sin contradiccion la mas antigua y floreciente, pues Gregorio Taumaturgo ya la llamaba en el año de 248, *urbem plane romanam, et legum romanorum scholâ ornatam*. Igualmente Diocleciano y Maximiano, que vivieron en el siglo tercero, hablan de esta escuela con elogio en la lei 1. *C. Qui ætate vel profes. excus.* En el siglo cuarto era tanta la concurrencia de discípulos, que Libanio (*orat.* 26.) sentia el que los jóvenes abandonasen el estudio de la elocuencia, consagrándose esclusivamente al del Derecho.

Por mas que esta ciudad fuese destruída (poco mas ó ménos hácia esta época) por un horrible terremoto, bien pronto salió de sus ruinas mas brillante y hermosa de lo que era anteriormente. Con efecto Nono, que escribia en el siglo quinto, aplaudiendo el zelo con que se estudiaba en Berito, la llama *matrem legum*; así como Justiniano en el siglo sesto la denomina *civitas legum veneranda, et splendida metropolis, et legum nutrix*. Otros escritores elogian tambien la numerosa y continua asistencia de los oyentes y la profunda doctrina de los profesores; entre los que se distinguian entónces con especialidad Doroteo y Teófilo, de quienes despues se sirvió Justiniano para la formacion de su Cuerpo del Derecho.

Pero tanta belleza no podia durar siempre: esta ciudad, tan ilustre como desgraciada, fué por segunda vez víctima de un nuevo temblor de tierra; y un incendio que le sobrevino en seguida, acabó de asolarla, desalentando enteramente los esfuerzos que sus malhadados habitantes hacian para reedificarla.

Volvamos ya á Constantino, y notemos desde luego, que las modificaciones que hizo en la legislacion romana, no tuvieron solo por objeto las leyes civiles, sino tambien el *Derecho público*; pues dividió su imperio en cuatro grandes gobiernos ó prefecturas pretorianas. Sobre todo merece atencion la traslacion que hizo de su silla imperial á Constantinopla; suceso que facilitó seguramente á los pontífices su dominacion en Roma, y por otra parte abrió el Occidente á los bárbaros, que estaban ya preparándose para derramarse como un torrente sobre las mas ricas provincias del Imperio romano.

Sin embargo nada desagradó tanto á los jurisconsultos de aquel tiempo, como las variaciones que Constantino hacia á cada paso en las leyes de sus predecesores, y el proyecto que anunció de reformar el Derecho antiguo, á que todos estaban acostumbrados. Por lo mismo temiendo los jurisconsultos que pereciesen ó cayesen en desuso las constituciones publicadas desde Adriano, trabajaron en reunirlas en diferentes códigos, con la esperanza bien fundada de que así podrian disputarlas al tiempo y salvarlas del olvido.

Fué pues Gregorio ó Gregoriano el primer compilador de las constituciones que rigieron desde Adriano hasta Constantino, habiéndolas clasificado con distintos títulos; y su compilacion, aunque obra de un particular, goza no obstante de grande autoridad.

Hermogeniano emprendió poco despues hacer un código, que parece ser solamente un estracto del anterior, y en él reunió con mucha exactitud las constituciones de Diocleciano y sus colegas.

De estas dos colecciones no se conservan mas que unos pequeños fragmentos.

Los hijos de Constantino, siguiendo el plan de su padre, trabajaron con el mayor empeño en simplificar la juris-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prudencia, y en favorecer la Religion cristana, que acababan de abrazar. Pero mui pronto Juliano (el apóstata), lleno de otras ideas, trastornó cuanto aquellos habian establecido, poniendo ademas en tal descrédito la ciencia de las leyes, que dejaron de estudiarla los hombres libres, y la abandonaron á los libertos (1).

Por fortuna su reinado fué corto, y los emperadores que le sucedieron hasta Teodosio el Grande, adoptaron el sistema de Constantino, y se esforzaron en hacer desaparecer todas las dificultades del Derecho antiguo; aunque á la verdad, multiplicadas sus constituciones hasta lo infinito, y agregándose á las obras de los jurisconsultos que tenian autoridad en el foro (2), hicieron de la jurisprudencia un laberinto inesplicable.

Teodosio el Jóven y Valentiniano creyeron hallar el remedio de este mal, estableciendo (año de 426) que no pudiesen citarse sino las obras de Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano y Modestino; que en vista de sus opiniones se decidiesen las causas, prevaleciendo siempre el mayor número; y que en caso de empate ó igualdad de autoridades en pro y en contra, se estuviese á la de Papiniano. *L. un. C. theodos. De respons. prudent.* No hai duda que estos emperadores se engañaban, porque se adherian ménos á lo que era justo en sí; que á lo que hacia autoridad; y en caso de oposicion entre los jurisconsultos, se contaban los votos en lugar de pesarse.

Sin embargo Teodosio no desistió de su proyecto, y resuelto á reducir á un cierto punto las constituciones de

(1) Juris civilis scientia, quæ Manlios, Scævolas, Servios in amplissimos gradus dignitatis evexerat, libertinorum artificium dicebatur *Mamertin. Panegyr.* 11 *cap.* 20.

(2) El número de estas obras en tiempo de Justiniano ascendia á cerca de dos mil volúmenes, y podia componer, segun la espresion de Eunapio, *la carga de muchos camellos.*

los emperadores hasta su tiempo, confió esta comision a ocho jurisconsultos, entre los que se cuenta Antíoco; y en el año de 438 promulgó un código que se llamó *Código teodosiano*, en el cual se comprenden todas las órdenes y decretos desde Constantino el Grande.

Á pesar de esto el mismo Teodosio y sus sucesores hicieron despues una multitud de leyes con el nombre de *Novelas*, que se acumularon escesivamente, y volvieron á sepultar la legislacion en el cáos espantoso, de que con tantos trabajos habian intentado sacarla.

Tal era el estado de la jurisprudencia ántes de Justiniano; estado que, segun él mismo afirma (1), habia puesto las leyes en una oscura confusion y trastornado todo el Derecho.

CAPÍTULO VI.

COMPOSICION DEL CUERPO DEL DERECHO.

Por fin hemos llegado á la época de Justiniano. Este príncipe nació el año 482 de Roma, y fué asociado al imperio en el de 527 por su tio Justino, que murió pocos meses despues, dejando á su sobrino el gobierno del mundo.

Justiniano durante un reinado de 39 años puso todo su cuidado en hacer respetar las fronteras de sus estados, pacificar la Iglesia, edificar y adornar ciudades, y refundir por entero la legislacion romana.

En efecto, viendo este monarca el estado deplorable en que se hallaba la jurisprudencia, concibió el designio de reducir todo el Derecho romano á un cuadro mas estrecho, y de consiguiente mas fácil de ser comprendido.

(1) Const. *Deo auctore*, §. 12. y la const. *Tanta*, §. 21. *C. De vet. jur. enucleand.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Para la ejecucion de esta vasta empresa no se descuidó en buscar los estadistas mas ilustres y consumados, los profesores mas hábiles de las escuelas de Berito y Constantinopla, y los abogados mas célebres por su sabiduría y mas acreditados por su elocuencia. Al frente de ellos puso á Triboniano, que estaba condecorado con una de las primeras dignidades del Imperio, y les prescribió que de los códigos ya publicados escogiesen las leyes mejores y las reuniesen en un solo volúmen, dividido en 12 libros, recomendándoles especialmente que separasen lo inútil, y rectificasen lo que hubiese caído en desuso.

El resultado de este trabajo fué un código, á que dió Justiniano su propio nombre (1), *Jus justinianeum*, como se ve por una constitucion que hizo el año de 529, por la cual derogó todos los códigos anteriores, y las leyes que no estuviesen comprendidas en el suyo.

Despues reflexionando que los principios de la jurisprudencia romana se hallaban reunidos mas completamente, y establecidos con mayor solidez en las obras escritas *ex professo* por los antiguos jurisconsultos, que en los decretos parciales de los príncipes sus predecesores, comisionó nuevamente á 18 sabio, presididos tambien por Triboniano para que compilasen dichas obras. Esta operación les fué encargada el año 530 de Roma, y aunque se les concedieron diez para terminarla, fué tanto su zelo y laboriosidad, que en tres años formaron aquella enorme obra

(1) Procopio en sus anécdotas echa en cara á Justiniano la manía de poner su nombre á todo, *Quod omnia à suo nomine dici voluerit. Nam*, estas son sus palabras, *statis magistratum formis, legumque et militarium ordinum abrogatis, alias invexit non jure, non publico commodo adductus, sed ut omnia nova, et de suo nomine dicerentur. Rei cujus stalim abolendæ copia non fuisset saltim suum indidit vocabulum.*

que se denominó *Pandectas* ó *Digesto* (1), porque en su totalidad contenia decisiones sobre todas las materias del Derecho : *quod omnes disputationes et decisiones in se haberet legitimas, et quod undique esset collectum in sinus suos recepisset.* L. 2. §. 1. C. De. vet. jur. enucl.

En seguida encargó Justiniano á Triboniano, Teófilo y yDoroteo, que de los compendios de los antiguos jurisconsultos, y en particular de las Instituciones de Cayo, compusiesen unas *Institutas imperiales*, las cuales debian comprender únicamente los primeros elementos de la jurisprudencia : *ut illæ essent totius legitimæ scientiæ prima elementa.* Procem. Inst. §. 4.

Esta obra, á pesar de haberse hecho y trabajado despues de las Pandectas, se publicó ántes; es decir, el 21 de noviembre de 533, al paso que la otra no recibió sancion ejecutiva hasta el 30 de diciembre siguiente (casi un mes de diferencia), por una lei que mandó espresamente guardarla y observarla en el foro, y enseñarla en las escuelas.

Aunque Justiniano habia hecho el encargo especial de que no se dejase en su Código vestigio alguno de las opiniones de los jurisconsultos de las diversas sectas, no tardó mucho en conocer que aún subsistian en él varios puntos dudosos y controvertibles. Para quitar pues hasta la menor señal de estas antinomias, promulgó en el consulado de Lampadio y Oréstes 50 decisiones. *quinquaginta decisiones*, que se distribuyeron despues por los diferentes títulos de su Código, en la nueva revision que mandó hacer de él. Esta revision llegó á ser tanto mas necesaria, cuanto que el mismo Justiniano habia hecho ya otras muchas constituciones que andaban sueltas; y por separado se hallaban tambien en su Código algunas dispo-

(1) *Pandectas* significa lo mismo que *coleccion que lo abraza todo*; y *Digesto*, que las materias están colocadas con órden y conexion entre sí.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

siciones. cuya reforma parecia mui urgente, por los escesos y abusos que habia hecho conocer la esperiencia.

Comisionó pues nuevamante á Triboniano y á otros cuatro jurisconsultos, para que corrigiesen y enmedasen su Código, haciéndoles el encargo especial de que incluyesen en él las 50 decisiones de que hemos hablado, y asimismo sus leyes ó constituciones posteriores. Este nuevo código reemplazó al primero, y fué publicado el 16 de diciembre de 534, bajo el título de *Codex repetitæ prælectionis.*

Justiniano reinó aún muchos años despues de la promulgacion de este último código, y por consiguiente no debe estrañarse el que se haya visto en la precision de resolver algunas de las muchas cuestiones imprevistas, que ofrece á cada instante la movilidad de las circunstancias. Y esto es lo que son sus nuevas constituciones. *novellæ constitutiones*, escritas la mayor parte en griego, de las cuales pensó el mismo (1) mandar hacer una recopilacion por separado, como lo acredita su const *Cordi nobis.* §. 4. *De emend. Cod.*

Hé aquí todo lo que forma el famoso Cuerpo de las leyes romanas; compilacion que fué tan amargamente criticada, y tan vivamente defendida, los unos no viendo en ella mas que defectos, y los otros obstinándose en sostener que todo lo que contiene, es bueno y perfecto (2).

(1) Parece que Justiniano realizó despues esta idea, segun nos lo atestigua Agathias, lib. 5. p. 140. y Paul. Diac. lib. 1. cap. 25. *Hist. longob.* Con efecto, esta coleccion indica ser la misma que hoi hace parte del *cuerpo del Derecho*, y que, distribuida en nueve *colecciones*, se conoce con el nombre general de *Novellæ.*

(2) Véase Franc. Hotomar en su *Antitriboniano*, Balduino en su *Justiniano*, Autumno en la *Censura gallica iuris romani*, etc. y Berthelot en su *Apologia del Derecho romano*, obra escrita con tanta facilidad y pureza como crítica y profundidad.

Por lo que á nosotros toca, diremos francamente, que el Cuerpo del Derecho no está esento de faltas, y convendremos, por ejemplo, en que bien hubiera podido dársele ménos estension, y distribuirlo con mejor órden; pero tambien confesaremos que estos defectos son escusables en una obra tan larga y trabajosa, hecha por la mano de los hombres, y consiguientemente destinada á quedar siempre imperfecta, como lo dice el mismo Justiniano: *In nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem esse, divinæ utique solius, non autem mortalis est constantiæ seu roboris.* L. 3. §. 13. C. De vet. jur. enucleando.

Por lo demas estos defectos no impiden que el *Cuerpo de las leyes romanas* sea una fuente inagotable de razon y de doctrina, y que deba decirse de esta obra, como de todas aquellas donde lo bueno escede notablemente á lo malo,

Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis
Offendar maculis, quas aut incuria fudit,
Aut humana parùm cavit natura.

HORAT. Art. poët. v. 351.

CAPÍTULO VII.

CUÁL FUÉ DESPUES DE JUSTINIANO LA SUERTE DE SU LEGISLACION.

Ahora vamos á ver en qué vino á parar la legislacion de Justiniano despues de su muerte, así en Oriente como en Occidente.

Es constante que el Cuerpo del Derecho, promulgado por este emperador, fué recibido inmediatamente en Oriente, no solo en los tribunales, sino en las escuelas de jurisprudencia. Pero como la mayor parte de los jueces y de los profesores no conocian mas que medianamente la lengua latina, se sintió poco á poco la necesidad de tra-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ducir al griego las leyes que Justiniano habia promulgado en latin.

La primera traduccion que salió al público fué la de la *Instituta*. Teófilo, el mismo á quien Justiniano habia empleado en su composicion, dió de ella, en vida de este emperador, una parafrasis griega que ha llegado hasta nosotros, y cuyas mejores ediciones fueron publicadas por Fabrot y Dionisio Gotofredo.

Talaleo, que era igualmente contemporáneo de Justiniano, hizo tambien una ersion griega de las Pandectas, la cual se cita con frecuencia en las Basílicas.

De las Novelas, que en la mayor parte habian sido publicadas en griego, se hicieron varias versiones, y entre ellas hai una en latin por Juliano, mui exacta y elegante.

Estas traducciones estuvieron rigiendo hasta el siglo IX, en cuya época los emperadores de Constantinopla ordenaron compendiarlas. Con efecto Basilio Macedon fué el primero que publicó una pequeña coleccion, el año de 838, que despues reformó y dió á luz con mas órden su hijo Leon en 886. Últimamente, Constantino Porfirogeneta, hermano de Leon, puso la obra en diferente estado, publicándola á principios del Siglo X bajo el título de *Basílicas*.

Este código se componia de la version griega de la Instituta, de las Pandectas, del Código, de las Novelas, de los edictos de Justiniano, y de las paratitlas y comentarios de los jurisconsultos del Imperio de Oriente, insertándose ademas en él algunos pasajes de los Padres y de los concilios. La traduccion sin embargo no es literal, y á vezes se aparta tambien del testo; se omitieron unas leyes, se añadieron otras, y en fin todas están ó truncadas ó compendiadas. Si creemos lo que dice Psello, esta obra no era siquiera comprensible para los mismos griegos;

interpretatu difficile est maximé obscurum. Cárlos Aníba Fabrot, abogado del parlamento de Aix, emprendió hacer de ella, por dictámen del canciller Seguier, una traduccion latina que publicó el año de 1647, en siete volúmenes en folio.

Las Basílicas se observaron en todo el Oriente, como lo acredita la multitud de obras de jurisprudencia escritas en griego desde el siglo XI hasta el XIV, en las que este código está citado y comentado. Su autoridad no cesó hasta 1435, en cuyo tiempo la toma de Constantinopla por los turcos acabó con el Imperio de Oriente.

En Occidente muchas de las provincias habian caido ya en poder de los bárbaros, y otras, aunque en pequeño número, estaban todavía bajo la dominacion romana.

En esta regia y estaba en práctica el Derecho de Justiniano, porque este emperador habia mandado observarlo en todo su imperio.

En cuanto á las provincias ocupadas por los bárbaros, reservándose solo los vencedores el poder militar, dejaron generalmente á los vencidos el uso de las leyes romanas. Mas no eran á la verdad las promulgadas por Justiniano las que se observaban, sino las de los Códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, con la Instituta de Cayo, las sentencias de Paulo, y los escritos de otros jurisconsultos; de todo lo cual Alarico, rei de los visigodos, mandó hacer, el año de 506, por medio de Aniano su canciller, un compendio que se llamó indiferentemente *Corpus theodosianum* (Baluz., tomo 2. p. 474); *Lex romana* (idem, tomo 2. p. 995. Ducange, *Glossar. hac voce*); y *Breviarium Aniani*. Véase á Jac. Gotofredo *en los Proleg. Cod. theod. cap.* 5.

Los ostrogodos usaron igualmente de las leyes romanas, y su rei Teodorico mandó en el prefacio de su Edicto

la exacta ejecucion de ellas; *salvâ juris publici reverentiâ, et legibus omnibus cunctorum devotione servandis.*

Casiodoro atestigua que el Derecho romano continuaba observándose en los países conquistados, porque era tanta la humanidad de aquellos llamados bárbaros, que dejaban á los vencidos la eleccion de la lei en que querian vivir.

Segun estos principios de una política tolerante, los borgoñeses permitieron á los romanos que existian en su reino, seguir en la observancia de sus leyes. Conviene juzgar á los romanos por las leyes romanas, dice Gondebaut en el preámbulo del Código de Borgoña: *inter romanos verò, sicuti à parentibus nostris statutum est, romanis legibus præcepimus judicari* (Véase á Lindembroge, pág. 267); y hé aquí por qué Papiniano compuso, á ejemplo de Aniano, un libro de respuestas, *Liber responsorum*, sacado del Código teodosiano, de las Novelas del emperador y sus sucesores, y de las obras de algunos jurisconsultos, con el objeto de que pudiesen servir de norma á los ciudadanos que preferian el régimen de la lei romana al de la lei gombeta.

Los mismos francos, á pesar de que tenian sus leyes (1) y costumbres nacionales, concedieron tambien á los vencidos la facultad de escoger el Derecho que mas les conviniese. Así es que Clotario ordenó que las controversias de los romanos se decidiesen con arreglo á sus leyes: *causas inter romanos controversas romanis terminari legibus.* Baluz. tomo 1, p. 7.

En este estado permanecieron las cosas hasta el tiempo de Carlo Magno, quien conociendo la necesidad de dar leyes á las naciones que habia subyugado, mandó en el

(1) La lei sálica y la de los ripuarios. *Egin.* en la Vita Carol. Magn. cap. 29. *Baluz.* tomo 1. p. 989.

año de 804 poner por escrito las costumbres de todos los pueblos de su dominacion (1).

Nacieron de aquí las leyes de los alemanes, de los bávaros, de los lombardos y de otros muchos pueblos, cuyas constituciones fueron recopiladas con bastante erudicion por Eccard, Lindembroge, Don-Bouguet, y otros escritores

Aunque en aquellos primeros tiempos parece que se sirvieron los pueblos del Oriente del Código de Justiniano y de sus Novelas, mas bien que de las Pandectas, no es creíble que estas hubiesen caído enteramente en olvido.

En Occidente es opinion mui acreditada que se descubrió un ejemplar de las Pandectas en el saqueo de la ciudad de Amalfi, cuando la conquistó Lotario II en el año de 1137. Este emperador lo regaló á los habitantes de Pisa, en atencion á los socorros que le habian prestado para aquella espedicion, y de los pisanos pasó á los florentinos (2), donde se conserva con mucha estimacion. Irnerio, jurisconsulto aleman que habia estudiado en Constantinopla, se hallaba entónces enseñando públicamente el Derecho romano en Bolonia, y de consiguiente tuvo ocasion de recurrir varias vezes á este ejemplar de las Pandectas para rectificar y esplicar mejor sus lecciones. Tambien dicen que el mismo Lotario publicó un edicto en seguida del hallazgo de este tesoro de jurispru-

(1) Eginard, en la vida de Carlo Magno, cap. 29, nos asegura este hecho: *Eum nimirum omnium nationum, quæ sub ejus dominatu erant, jura, quæ scripta non erant, describi ac litteris mandari fecisse;* y de aquí un antiguo poeta tomó ocasion de decir:

Cunctorum sui regni leges populorum
Collegit, plures inde libros faciens.

(2) De aquí se tomó el nombre de *Pandectas florentinas;* y se cree generalmente que son las mas exactas que se conocen. *Cujacius persuaserat sibi florentinas Pandectas esse omnium integerrimas; proindeque eas* castiora Digesta *appellavit in* Comment. ad §. ult. L. 3. Dig. De acq vel amitt. poss. lib. 54. Pauli ad edictum.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dencia, para que se introdujese y se estableciese su estudio en las escuelas, y se observase en todos los tribunales de su imperio. Véase sobre toda esta historia á Sigonio *De regn. Ital. lib.* 9, á Henrique Brenkman, *de Amalphi à pisanis direpta*, §. 24. p. 65, y al cardenal de Ostia en el *cap. I. pr.* X. *De test. n.* 2.

Lo cierto es que desde esta época el Derecho romano se enseñó en todas las universidades de Europa, y que paulatinamente fué atestándolo de notas y escolios una multitud de doctores, cuyos trabajos aprovechó despues Acursio, reuniéndolos en una sola glosa, que gozó por esta causa de gran celebridad y aprecio. Su crédito fué aún mayor que el del testo mismo, segun atestiguan muchos autores, y con especialidad Fulgorio, el cual en una nota sobre la lei 6. *Cod. De oblig. et act.*, no vacila afirmar que él prefiere la glosa al testo : *volo enim pro me potius glossatorem quam textum.* En el dia está en un total descrédito esta glosa.

No satisfechos los jurisconsultos con comentar el Cuerpo del Derecho, trataron de darle otra division, creando aquella diferencia, que los modernos no han querido adoptar, de *Digestum vetus, infortiatum et novum.*

Compendiaron ademas las Novelas, poniéndolas en forma de notas al márgen de las mismas leyes que ellas variaban ó modificaban ; y estos estractos ó compendios tambien se insertaron despues en el Código, bajo el título de *Auténticas*, á pesar de que en muchos lugares no reproducen fielmente el sentido del testo.

Por último la invasion de los bárbaros produjo el sistema de los feudos ; sistema que habiéndose multiplicado, introdujo una infinidad de costumbres nuevas que pusieron por escrito tres senadores de Milan, y agregaron al Cuerpo del Derecho con el nombre de *Consuetudines feudorum.*

Tales fueron los trabajos de los jurisconsultos que florecieron en los siglos XII y XIII.

Vivieron en el siglo XIV Bartolo, Baldo, Tartaño, Saliceto, Pablo de Castro, Jason, etc., los cuales tampoco se contentaron con poner notas al Cuerpo del Derecho, sino que lo comentaron con mas órden y estension. Pero aunque sus escritos ofrecen observaciones admirables y decisiones de gran talento, no podemos ménos de confesar que se encuentran tambien muchas inepcias, absurdos y puerilidades ; verdad es que estas faltas son hijas de un siglo en que los amantes del saber carecian, así para el fondo de las materias como para el lenguaje de los socorros que mejores estudios y un conocimiento mas exacto de la historia, de la filosofía y de la crítica presentaron con tantas ventajas á las generaciones posteriores.

Efectivamente hasta el siglo XVI no salió la jurisprudencia del cáos en que yacia, debiendo su esplendor á las obras de Cujacio (1). Pithou, P. Fabio, Fr. Otomano, y otros muchos sabios. Mas si este siglo tuvo sus ventajas tuvo tambien sus inconvenientes. El gusto de las letras, perfeccionando el ingenio de los comentadores, les dió al mismo tiempo mayor sutileza ; de suerte que, á escepcion de un corto número, se ve que todos los autores que trabajaron sobre el Derecho romano, no emplearon el tiempo sino en correr tras de quimeras, en crear monstruos para tener el placer de combatirlos, y en buscar antimonias, de ordinario imaginarias, solamente para parecer diestros y sútiles, y para que se dijese de ellos

(1) Cujacio fué sin contradiccion el primero de los intérpretes del Derecho, introduciendo una manera nueva de tratarlo y comentarlo. Por lo mismo la jurisprudencia romana llegó á ser desde entónces mas elegante, *elegantior ;* y Nestelbladt nos enseña que esta jurisprudencia, mejor estudiada y mas cultivada, se llamó *Jurisprudencia cujaciana.*

que habian descubierto lo que ni siquiera les habia ocurrido pensar á los glosadores de otras edades. *Commentis veritotem obruunt*, dice Duareno, *quod aliquid paulo argutius, nec aliis ante excogitatum, in medium adduxisse videantur.*

Por fortuna este mal gusto tuvo su término, y el estilo de los jurisconsultos fué en lo sucesivo mucho mas culto. Dionisio Gotofredo en 1583 publicó una edicion del Cuerpo del Derecho, que forma época, pues su testo fué adoptado por leccion comun en las universidades y tribunales. Por separado la adornó y adicionó con notas, que son una obra maestra de ciencia, de crítica, de precision y de elegancia; por cuyo motivo mereció ser llamado por d'Aguesseau, *el mas docto y profundo de todos los intérpretes de las leyes civiles.*

Pothier trabajó despues sobre un plan nuevo: en vez de comentar servilmente el testo de las leyes romanas, las puso en mejor órden, asignándoles divisiones mas naturales, y esto prueba que el método, donde todo se halla exactamente ligado, contribuye en gran manera á ilustrar lo que es oscuro ó confuso: *tantum series juncturaque pollet!* Heineccio llevó aún mas adelante esta brillante empresa: lleno de mejores ideas y de luzes, y manejando como maestro la materia, colocó cada parte del Derecho en sus primeros elementos; y procediendo al modo de los geómetras, redujo la jurisprudencia á su mas simple espresion, formando con sus axiomas una cadena, cuyos eslabones están todos unidos con aquella exactitud y órden, de que dimana su principal fuerza.

CAPÍTULO VIII.

DEL DERECHO ROMANO EN EL SIGLO XIX, Y DE SU AUTORIDAD.

Tal era el estado de la jurisprudencia romana á fines del siglo XVIII.

Estalló luego una revolucion terrible: su primer esfuerzo se dirigió contra las leyes. Quedaron destruídas las antiguas instituciones, y las escuelas de Derecho dejaron de existir. De esta suerte se sepultaron en el silencio las leyes romanas y las de la antigua Francia, reemplazando su lugar una multitud de otras nuevas que se sucedian sin tener enlaze alguno, y se multiplicaban sin razon: *corruptissimâ republicâ plurimæ leg.* Tacit. Annal. III. 28.

Comienza por fin un siglo mas feliz: *Magnus ab integro sæculorum nascitur ordo.* El órden sucede al cáos; un gobierno firme sale del seno de la anarquía; sólidos edificios se levantan sobre la ruínas; todo renace, y la Francia asegura su imperio con la sabiduría de sus leyes. Restablécense las escuelas de Derecho, y un gran número de discípulos las frecuenta. En ellas se enseña el Código de Napoleon; mas ya uno de sus redactores tenia presentido que jamas llegaria á entenderse bien, si no se le ausiliaba con otros estudios; y hé aquí por qué se mandó que las leyes romanas entrasen tambien en el plan de instruccion pública, haciendo parte de la ciencia legal.

En cuanto á su fuerza y autoridad, es evidente que si las leyes posteriores derogan las anteriores, las *Novelas* deberian preferirse al *Código*, lo mismo que la *Instituta* á las *Pandectas*. No obstante algunos opinan que las *Instituciones* y las *Pandectas* recibieron fuerza de lei á un

tiempo, y en este caso se sigue que ambos códigos tendrán igual autoridad, y que no se derogarán entre sí.

Los fragmentos que existen de los *Códigos gregoriano, hermogeniano* y *teodosiano,* aunque mui útiles para la interpretacion el Derecho, no pueden citarse tampoco para la decision de las causas sin cometer el crímen de falsedad. *L.* 2. §. 19. *C. De vet. jur. enucl.*

Las *Auténticas* eran obra de particulares, y de consiguiente no tienen fuerza obligatoria, así como en Europa solamente serán reconocidas con autoridad las leyes de Justiniano ó de otro legislador, que sean aprobadas, recibidas y adoptadas por sus respectivos soberanos : *leges ab imperante latæ solos obligant subditos, non exteros.*

Por lo demas, diremos con Bossuet, si las leyes romanas han parecido tan santas que su majestad subsiste aún despues de la ruína del imperio, es porque el buen sentido, principal guia de los hombres, reina en ellas, y porque no se ha hecho en parte alguna mejor aplicacion de los principios de la equidad natural. *Hist univ.* pág, 579.

En fin leyes tan estendidas como durables, se puede decir con el canciller d'Aguesseau, todas las naciones las consultan aún en la época presente, y cada uno recibe de ellas respuestas de eterna verdad. Los jurisconsultos romanos que interpretaron la lei de las XII Tablas, y el Edicto del pretor, son los intérpretes seguros de nuestras propias leyes, pues prestan, por decirlo así, su espíritu á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres ; y por los principios que nos dan, nos sirven de guias, aún cuando marchamos por un camino que les fué desconocido. *Tomo 1. pág* 157.

Procurád pues jóvenes estudiosos, penetraros bien de esas preciosas reglas ; aprovechâos del estudio de las leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales ; y trabajád dia y noche para poneros en estado de ser útiles

á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos : *pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori, et amicis utilitati, et reipublicæ emolumento esse possitis.* Cic. I. De orat.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PROEMIO.

Confiados en el ausilio divino, nos proponemos interpretar de nuevo en este año los Elementos del Derecho que dispusimos segun el órden de la Instituta; y nos conduciremos de suerte que si los estudiantes traen á estas escuelas el deseo de aprender que nos prometemos, puedan concebirse lisonjeras esperanzas en favor de su aprovechamiento. Pero ántes que entremos en materia, tenemos tres cosas que advertir. Primera, que los discípulos asistan con puntualidad, y procuren no perder esplicacion alguna, pues toda esta obra es como una especie de cadena, en la cual, si no se entienden las primeras cosas, tampoco pueden entenderse las que de ellas se deducen; y para que nadie alegue ignorancia, debemos anunciar, que todo el que asista interrumpidamente á nuestras esplicaciones, aprenderá tan poco como el que nunca las haya oído. Segunda, que los discípulos deben venir enterados del Cuerpo del Derecho, en atencion á que habrán de manejar con frecuencia sus leyes mas notables, y es sobre manera util que el legista se habitúe desde un principio á manejar las leyes, y se familiarize con la obra de Justiniano, que no es de menor autoridad en la jurisprudencia que la sagrada Escritura en la teología. No será fácil que los discípulos se acostumbren á manejar el Cuerpo del Derecho, si bajo la direccion del

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

catedrático no consultan con cuidado los testos en la cátedra, y no los repiten en casa, procurando convertirlos en sustancia propia. Por último advertiré á los que aspiren á una doctrina mas sólida que harán bien en juntar á las esplicaciones de la cátedra (en los repasos domésticos) en primer lugar mis *Antigüedades romanas*, en las cuales he esplicado brevemente lo que necesita saberse del estado de la república romana, y despues ó las *Prelecciones* de B. Hubero llenas de instruccion, ó los *Comentarios* de Arn. Vinio; pues no quisiera abrumar á los principiantes con el estudio de muchos libros (1). Hechas ya estas advertencias, pasaremos al proemio; y en atencion á que cuando se trata de interpretar, trae inconvenientes entrar en materia, sin hablar ni dar á conocer primeramente los códigos sobre que debe recaer la interpretacion, *L.* 1. *ff. De orig. jur.*, empezaremos, á ejemplo de Justiniano, tratando del Cuerpo del Derecho llamado *justinianeo*; y esplicaremos:

1º Las causas por que se compiló, §. 1 y 2.

2º El autor bajo cuyos auspicios fué formado, §. 3 y 4.

3º Sus partes, ó los libros de que se compuso dicho cuerpo, §. 5 hasta el 14.

4º La autoridad, tanto de cada uno de los libros en particular, como de toda la obra en general, §. 15 hasta el 17.

§. I. Entre la multitud de causas que impelieron á formar esta obra justinianea, dos son las principales; la inmensa mole del Derecho romano, de cuyo asunto se trata en este §, y el desgraciado empeño de los que ántes de Justiniano intentaron este trabajo, de que se hablará en el § segundo. Sobre ambos puntos convendrá estenderse algo. Los que antiguamente se dedicaban al Derecho, debian saber las constituciones de los príncipes, que reunidas en tres antiquísimos códigos, se habian aumentado escesivamente. Ademas todas las materias que hoi dia se hallan contenidas en el libro de las Pandectas, estaban ántes de Justiniano esparcidas en dos mil, para cuya lectura apénas bastaba la vida del hombre. *Const. Tant.* §. 1. *De confirmat. Digest. Jacob, Gothefred. in prolegy. ad Cod. theodos.* Por esto Eunapio llama á la jurisprudencia *carga de muchos camellos*. Y de ahí viene el que escriba Mamertino en el *Paneg. ad Julian.*, que *la ciencia del Derecho civil, que en otro tiempo habian elevado al mas alto grado de dignidad los Manlios, los Escévolas y los Servios, era ya ocupacion propia de libertos*. De aquí proviene en fin el que Focio en su *Biblioth. sæc. V.* haga mencion de un *siervo escita que profesó la jurisprudencia*, porque efectivamente ningun ingenuo se atrevia á entregarse á este océano, cuyo fin apénas preveía.

Advirtiéndolo Justiniano, pensó acertadamente que seria útil, no solo á la jurisprudencia, sino tambien á su imperio, hacer desaparecer tal multitud de leyes y Derechos, reduciéndola á un moderado compendio, para cuya empresa implora piadosamente la proteccion divina en el pr. de la *Cont. Tant. De const. Digest.*

§. II. Tenemos la primera causa de haberse compuesto el Cuerpo del Derecho: síguese la otra, á saber, que muchos ántes de Justiniano habian emprendido esta obra sin poder llevarla á cabo.

Ciceron fué el primero que se encargó de formarla, segun el testimonio de Gelio, *lib.* 1. *c.* 22, donde hace mencion de un tratado de aquel intitulado *De jure civili in artem redigendo*; pero no pudo llevarla á cabo este eminente varon. Pompeyo determinó despues lo mismo, acerca de lo cual dice Isidoro, *Orig. l. V. c. I, que aquel primer cónsul habia tratado de que las leyes fuesen reducidas*

(1) Aquí viene bien aquel axioma de Séneca: *non multa, sed multum*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

á libros; *pero que no habia persistido por miedo á los detractores*; aunque esta noticia no parece creíble en atencion á que los autores antiguos nada dicen de esto. Más fuera de duda está que Julio César, siendo ya dictador perpetuo (1), pensó en formar un cuerpo del Derecho: de él

(1) El dictador era el soberano magistrado de la antigua Roma en tiempo de la república, el cual se creaba en circunstancias críticas, y en los peligros estremos de ella, como cuando habia grandes sediciones, ó se veia la república acometida de enemigos poderosos. Nace la voz de este magistrado del verbo *dictar*, porque prescribia lo que era mas favorable á la república. Al principio solo se eligieron de entre los patricios, y Lucio Flavio fué el primero que en el año de 252 se creó en Roma; pero despues se eligieron de los plebeyos, y fué el primero Marcio Rutilio en el año de 397. El poder ó empleo de dictador solo duraba miéntras existia la causa de su eleccion; pero si llegaba á seis meses, se procedia á elegir otro, por el rezelo de que no abusara de tan grande autoridad. Le nombraba el cónsul de órden del senado, escogiéndole de los cónsules que habian sido de integridad y mérito conocido; y la eleccion se hacia sin que el pueblo tuviese parte en ella, despues de haber consultado los auspicios. Tenia un poder absoluto; era árbitro de la guerra y de la paz; podia levantar tropas y licenciar el ejército, cuando le parecia conveniente; á nadie daba cuenta de sus acciones, y ejecutaba cuanto ordenaba, sin que se le pudiese hacer oposicion. Desde que era elegido, cesaban el mando y la autoridad de los magistrados, á escepcion de los tribunos de la plebe, ante quienes alguna vez se apeló del dictador, como en el caso que refiere Tito Livio en el libro 8, de que no pudiendo Marco Fabio traer á razon al dictador Lucio Papirio, apeló á los tribunos del pueblo, y aún al mismo pueblo. Con el dictador estaba siempre su capitan de guardias, *magister equitum*, para socorrerle en cualquiera ocurrencia, ó para ejecutar sus órdenes. Se le concedian todos los derechos y distintivos de honor que tenian los reyes; y así es que iba precedido de los lictores; pero no podia salir de Italia sin perder su autoridad, ni se le permitia montar á caballo, á no ir al ejército; y cuando se hallaba en campaña se pagaban á costa de la república sus equipajes, secretario, reyes de armas y demas oficiales de su comitiva. Así fué hasta que Sila se hizo elegir dictador perpetuo, y mandó que marcharan delante de él veinte y cuatro lictores, para tiranizar mas á su sabor al pueblo; y habiendo hecho lo mismo Julio César, fué suprimida esta dignidad cuatrocientos años despues de su creacion.

refiere Suetonio en *Jul. c.* 44. que habia resuelto *redactar en cierta forma el Derecho civil, y reducir á poquísimos libros lo mas selecto y necesario que se hallaba esparcido por el immenso cúmulo de leyes*. Pero la inexorable muerte se anticipó, impidiendo la ejecucion de tan laudables proyectos.

Con mejores auspicios emprendió Justiniano lo que en vano habian intentado otros; motivo por el cual en el pr. de la *const. Tant. de const. Digest.*, *se gloria de haber concluído, mediante Dios, lo que nadie ántes de él habia esperado, ni creído ser posible al ingenio humano*. Hai algunos que sienten el que en esta obra haya trabajado Justiniano y no Julio César, quien siendo un varon lleno de ciencia, hubiera podido dar el Cuerpo del Derecho mas elegante que lo hizo Justiniano, príncipe del siglo VI, en cuya edad empezaba ya la barbarie á introducirse en el Imperio romano. Se pregunta pues, si César hubiera hecho á nuestra jurisprudencia mas servicios que Justiniano. No tenemos dificultad en confesar, que si César hubiera compilado esta obra, seria mas elegante, concisa y docta, pero no tan útil ni acomodada á nuestro foro. Porque, 1° aquel cuerpo no hubiera podido contener mas que el Derecho antiguo, puesto que el nuevo y el que hoi rige en las mismas materias, de que ya habia disposiciones en las leyes antiguas, se agregó despues de Julio César. 2° Careceríamos entónces de la mayor parte de los escritos de los juriconsultos, á saber de Papiniano, Juliano, Paulo, Ulpiano, etc., que vinieron despues de Julio César, y elevaron al mas alto grado de perfeccion la jurisprudencia. Debemos pues dar gracias á Dios de que al fin del siglo VI, cuando ya iba en decadencia el Imperio romano, determinase el emperador (1) Justiniano hacer formar esta obra, pues así poseemos

(1) La voz *emperador* viene del verbo *imperare*, mandar, y así se llamaba al general del ejército. Algunas vezes daban los soldados el

el tesoro del Derecho novísimo y los fragmentos de los mas consumados jurisconsultos, esplicándose en las escuelas un Derecho que tiene uso en el foro (1).

§. III. Hasta aquí hemos espuesto la parte del Proemio, que manifiesta las causas por que se formó el Cuerpo del Derecho justinianeo; tratemos ya de la otra que versa sobre el autor de esta memorable obra. Formóse bajo los

nombre de emperador á su general, cuando habia ganado alguna grande victoria; pero para que el senado confirmara por su decreto este glorioso título, era necesario que el general hubiese conquistado una provincia, ó tomado alguna ciudad considerable, ó ganado una batalla, en que hubieran quedado muertos diez mil enemigos. El pueblo romano dió á César el nombre de emperador, para mostrar el soberano poder que tenia en el Imperio romano; y en este último sentido se llamaron emperadores Augusto y sus sucesores, porque aborreciendo los romanos el nombre de rei, desde que Roma se erigió en república, á consecuencia de la espulsion de su último rei, Tarquino el soberbio, los primeros césares procuraron evitar esta voz, que tan odiosa era al pueblo, sustituyendo en su lugar la de emperador, para designar al supremo jefe de la república, afectando de ese modo que respetaban la libertad de ella en medio del ejercicio de la soberanía absoluta, en tanto que preparaban el restablecimiento de la monarquía; aunque no dejaba tambien de dárseles ese nombre en la otra significacion, y aun el mismo Augusto fué proclamado veinte vezes emperador, porque habia ganado veinte batallas célebres.

(1) Varias son tambien las tentativas que en distintas épocas se hicieron en España para metodizar nuestra legislacion. El santo rei don Fernando, su sabio hijo don Alonso, Felipe II, Cárlos III y Cárlos IV, serán siempre citados con reconocimiento en la historia de nuestras leyes. Si los resultados hubiesen correspondido á sus grandiosas intenciones, no nos viéramos hoi enmarañados entre leyes confusas, innumerables y contradictorias, y disfrutáramos de una legislacion clara, breve y uniforme. Esta época parece haber llegado: un dia mas sereno amanece á nuestra jurisprudencia, y la grande obra de su reforma estaba reservada para el reinado de nuestra actual Soberana. Algunos ramos de nuestra legislacion se acaban de arreglar, y otros se están organizando, siendo de esperar que mui pronto dé concluídos sus trabajos la comision encargada de redactar los códigos civil, criminal y de procedimientos.

auspicios de Justiniano, de cuya índole diremos algunas cosas en este párrafo, y de sus hazañas en el siguiente.

Fué Justiniano de nacimiento oscuro, oriundo de Iliria; pero elevado por la fortuna al mas alto grado de dignidad entre los hombres. Habiendo Justino, su tio materno, pasado de guardar puercos al servicio militar, y llegado por todos los grados de la milicia á la dignidad imperial, adoptó al hijo de una hermana suya (1), y le asoció al imperio, nombrándole nobilísimo césar (2). Muerto Justino imperó solo, ocupando el trono cuarenta años, y escediendo en la gloria y felizidad de sus empresas á todos los príncipes sus antecesores. Pero discrepan mucho acerca de sus costumbres los escritores, tanto antiguos como modernos. Uno de los antiguos, Procopio, que en todas sus obras celebró el ingenio, prudencia, probidad y virtud de Justiniano, escribió posteriormente un libro que intituló *Anecdota*, el cual se publicó en Leon de Francia en 1623, con notas eruditas de Nicolas Aleman. En él pintó á Justiniano como un príncipe estúpido, enteramente dominado por su mujer, que era una prostituta, avaro, impío, y contaminado con toda clase de vicios. Esto produjo nuevas disputas. Así que esta obra vió la luz pública, la tuvieron algunos como dictada *ex tripode*, y otros la reputaron como una calumnia de Procopio. Qué juicio pues debemos formar? La esencia y fundamento de la sabiduría consiste

(1) Así lo afirman varios escritores que florecieron despues de aquella época; mas como los contemporáneos guardan silencio acerca de esto, y los argumentos que suelen producir sobre este punto, nada prueban, creemos infundada y desatendible esta opinion. (Véase á Heineccio, *Dictata ad Instit.* §. 3.)

(2) Este era el apellido de la familia de Cayo Julio César, y como fuese de las mas esclarecidas de Roma, y aquel el primer emperador perpetuo, los sucesores en el imperio lo adoptaron para sí, y en lo sucesivo se llamaban césares todos los herederos del trono.

en no creer lijeramente. Justiniano no estuvo esento de lunares y vicios. Tuvo ciertamente algunos no pequeños defectos, cuales fueron una escesiva complacencia con su mujer Teodora, cómica y de desarregladas costumbres, un lujo y magnificencia escesivos, su inconstancia en mudar las leyes. Pero estas faltas estaban compensadas con mayor número de virtudes, pues fué de agudo ingenio, magnánimo, fuerte, espléndido, en una palabra, el mayor príncipe de su siglo; y fácilmente se disimularán estos lunares al que los eclipsaba con tan sobresalientes virtudes.

§. IV. Bien lo manifiestan las hazañas de Justiniano en la paz y en la guerra, de que hablaremos algo en este párrafo. En su tiempo los bárbaros (1) habian reducido el Imperio romano casi al último estremo. Los godos ocupaban la Italia, la España y una considerable parte de la Galia; los vándalos el África, y los persas amenazaban el Oriente; pero á todos resistió Justiniano: desbarató y contuvo la invasion de los persas; volvió á sujetar el África; por cuya victoria da gracias á Dios en el *pr. de. la. l. 1. y 2. Cod. De. offic. prætor. Afric.*, y despues, destruído el reino de los godos (2), recuperó la Italia.

(1) Los romanos llamaban bárbaras á todos las naciones, porque se creian mas instruídos que ellas en la política y en el arte militar: pero siempre respetaron á la Grecia, escluyéndola de ese odioso dictado, y la miraron como la fuente de donde habian recibido las ciencias y las bellas artes; y así es que los mejores escritores romanos siempre aconsejaron á sus conciudadanos manejasen de dia y de noche los autores griegos, á quienes miraban como los modelos que debian imitar.

(2) La ciudad de Roma, fundada á las orillas del rio Tiber por Rómulo, capitan de bandidos, se distinguió desde su principio por la violencia y robo de las sabinas, que los empeñó en una guerra; y lo que al principio fué necesidad, se convirtió poco á poco en pasion por las sucesivas victorias, formó el espíritu guerrero de aquel pueblo orgulloso, que de unas conquistas en otras llegó á ser el dominador

Procopio en los libros *De bello gothico, persico, vandalico*, y Agatías en la historia de aquellos tiempos describen las circunstancias de estas guerras. Con lo cual ya comprendemos los títulos que se da á sí mismo Justiniano en el principio de las Instituciones: ellos no indican, como hoi dia se acostumbra, las provincias que poseía, sino los pueblos que habia vencido en la guerra. Si se llama *alemánico, gótico, franco, germánico*, es porque habia derrotado á los godos, á quienes parece pagaban tributo los alemanes, franceses y germanos; y *alánico, vandálico* y *africano*, porque habia deshecho á los vándalos y alanos en el Africa, y recobrado aquella provincia. Creen algunos que en lugar del título *ántico* debe leerse *póntico*, por haber vencido algunas naciones en el Ponto Euxino. Pero tampoco habrá inconveniente en atenerse al testo vulgar, porque tambien los antes habian esparcido el terror de su nombre en tiempo de Justiniano.

del mundo, entónces conocido. Al principio su gobierno era monárquico moderado, y la nacion se regia por el rei, que era electivo, y en union con él gobernaba el senado, compuesto al principio solamente de patricios, miéntras el pueblo reunido tenia el poder legislativo, hasta que, cansados los romanos de la crueldad, avaricia é insolencia de Tarquino, llamado el soberbio, determinaron sacudir su yugo y libertarse de tal servidumbre, valiéndoles de pretesto la injuria que su hijo Sesto hizo al honor de Lucrecia: y así es que en el año 221 de la fundacion de Roma le espulsaron, abolieron el gobierno monárquico, y se erigieron en república, gobernada por dos cónsules, que se elegian todos los años, cuyo gobierno duró hasta Julio César, el cual lo mudó y estableció el imperio, llamado así á causa del dominio de los emperadores. Numa Pompilio, el mas sabio filósofo de sus reyes, creó la religion y el culto público, y arregló la ciudad, constituyéndose en nacion durante sus reyes; pero erigida la república, la nacion ya fué esencialmente militar; y así es, que durante este gobierno, se hicieron las conquistas mas asombrosas, las que se terminaron en el reinado de Augusto César, por cuya razon se cerró el emplo de Jano, hasta entónces abierto; y aún hoi dia, para manifestar que hai una paz general, se dice que hai una paz octaviana.

§. V. No fué este ménos esclarecido en la paz que en la guerra, pues reunió en un cuerpo el Derecho romano que estaba esparcido en innumerables volúmenes; de suerte que con razon se gloria en el *pr. Institut. proœm.*, de haber ennoblecido la majestad imperatoria con las armas, y fortificádola con las leyes. Así que pasaremos á considerar por su órden los libros que mandó formar, para saber de qué partes se compone el Cuerpo del Derecho. El primer libro que mandó componer, fué el *Codigo justinianeo*, publicado en el año de 529. Llamábanse códigos

Subyugadas todas las naciones de Oriente y Occidente, y no teniendo ya contra quién combatir, solo se cuidaron los romanos de disfrutar las inmensas riquezas que por medio de tantas conquistas habian adquirido y acumulado en la capital del Imperio; con lo que se afeminaron, se relajaron sus costumbres, la patria fué para ellos en adelante un nombre fantástico, y la severa disciplina de sus legiones se convirtió en una licencia absoluta, con la cual la soldadesca desenfrenada quitaba y ponia los emperadores á su antojo. La naturaleza guarda exactamente sus leyes lo mismo en los cuerpos físicos que en los morales, y el Imperio romano, siendo un monstruoso gigante, tenia que sucumbir por su propio peso; así fué que para contener las provincias mas remotas, sublevadas por las vejaciones de los empleados públicos, asalariaron tropas de los bárbaros, con lo que les abrieron la puerta para la dominacion, y estendiéndose los godos, vándalos, alanos y suevos, que son los que conocemos hoi por alemanes, húngaros, polacos, suecos, rusos, moldavos y valacos, por la Europa, vencieron, arrollaron y arrojaron de la Italia y Francia á los romanos, y en España los vándalos con su rei Gunderico, los alanos, mandados por Atasces, los suevos, bajo las órdenes de Armenerico, y los silingos, que tenian á su frente á su general Respéndias, entraron en ella el año de 409 de Jesucristo, y se la repartieron; pero despues de continuas guerras, los vándalos pasaron al África, y, sometidos ó degollados los demas bárbaros por los godos, quedó toda la España por estos, y fundaron la monarquia española, que subsiste hasta nuestros dias, sin que ni Justiniano, ni ningun otro emperador romano los haya arrojado de ella; por cuya razon, cuando dice el autor que Justiniano destruyó el imperio de los godos, se debe entender el de Italia, la cual reconquistó en el año de 535, venciendo á los ostrogodos que se habian apoderado de ella; pero de ningun modo el reino que fundaron en España.

los libros cuadrados, y dábase principalmente este nombre á los libros que contenian las constituciones de los emperadores. Ya ántes de Justiniano existian tres colecciones de estas constituciones: los Códigos *gregoriano*, *hermogeniano* y *teodosiano*. Los dos primeros, formados por autoridad privada comprendian las constituciones de los emperadores gentiles desde Adriano hasta Constantino el Grande (1). El otro, compuesto por el emperador Teodosio el Jóven, contiene las cartas ó constituciones de los emperadores y príncipes cristianos Aquellos hace tiempo que perecieron, á escepcion de algunos fragmentos conservados en la *Jurisprud. vet. ante-justin.* del sabio Antonio Schultingio, p. 685 y 709. Pero el Código teodosiano todavía subsiste, aunque incompleto, ilustrado con escelentes comentarios por Jacobo Gotofredo, y publicado en Leon el año de 1665. De estos tres códigos mandó Justiniano hacer uno mas sucinto, dando el encargo á Triboniano, exquestor del sacro palacio (2), y gran jurisconsulto de aquellos tiempos, pero de religion gentil, segun opinan algunos; y quiso que de su nombre se llamara *Código justinianeo*.

(1) Es bien sabido que Constantino trasladó á Constantinopla, fundada por él, la silla del Imperio romano, que ántes residia en Roma; y que dió la paz al cristianismo, haciendo su religion la del estado, en vez del abatimiento y proscripcion en que ántes se encontraba; por cuya razon se le dió el renombre de Grande, á pesar de que á él se le debe atribuir la precipitada caida del Imperio romano, al ménos el del Occidente.

(2) El exquestor de palacio era uno de sus jefes, cuyo principal destino consistia en responder á los memoriales que los súbditos presentaban al príncipe, y manifestar la opinion de este en el senado; pues aunque ya desde Augusto César perdió la república su libertad; y se erigió en un imperio despótico bajo el reinado de sus sucesores, todavía estos, para alucinar al pueblo, conservaron algunos vestigios de las instituciones de los pueblos libres, y por eso subsistió el senado, aunque ya no era aquella corporacion tan respetable, á cuya firmeza y probidad debió el estado muchas vezes su salvacion, sino una reunion de hombres venales, sumises y entregados enteramente á los caprichos de los emperadores.

Pero ¿qué lugar ocupa este código en el Cuerpo del Derecho? Debe observarse que pereció hace mucho tiempo, sin que en el dia pueda hallarse, porque, como veremos en el §. 10, lo abolió el mismo Justiniano. Es verdad que en nuestro Cuerpo del Derecho tenemos un código; pero no el justinianeo, sino el revisado ó *Repetitæ prælectionis* (1) que es algo mas moderno. Entre tanto ha de notarse, que siempre que en las Instituciones se cita el Código, se entiende el antiguo, que no existe.

§. VI. Hecho el Código justinianeo, se siguieron las *Pandectas ó Digesto*, obra concluída en el espacio de tres años, y publicada en el de 533.

Acerca de ella se deberá observar, 1º que las *Pandectas* son un libro que contiene las interpretaciones de los jurisconsultos antiguos. Así como el Código consta de las constituciones de los emperadores, así las Pandectas se compusieron de los fragmentos de las obras de Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino y otros jurisconsultos, por quienes están interpretadas las leyes y los derechos; y estos fragmentos tienen fuerza de lei, no en cuanto están escritos por los jurisconsultos (los cuales no tienen potestad legislatoria), sino en cuanto han sido publicados como leyes por el príncipe Justiniano, y recibidos despues en el foro. Y por eso es de notar el testo de la *L.* 2. §. 10. y *L.* 3. §. 10. *C. De vet. jur. enucl.*, donde

(1) Por este estilo tenemos tambien en España la Novísima Recopilacion de leyes, que viene á ser la Recopilacion *Repetitæ prælectionis*, si se compara con la diferencia de que la Novísima es un código mui defectuoso, lleno de leyes desusadas, de otras que pertenecen á las ordenanzas principales de los pueblos, algunas de ellas truncadas; atestado de anacronismos, y falto de muchas leyes que pertenecen á la esencia de la constitucion del estado. (Véase á Marina, *Juicio crítico de la Novísima Recopilacion.*)

dice Justiniano: *Autorizamos (todos estos fragmentos), de manera que aparezca como nuestro, y compuesto por nuestra voluntad, cuanto en ellos se halla escrito.*

2º Que este libro se llamó *Pandectas* de un nombre griego que quiere decir *todo*, y un verbo que significa *contener ó recibir*, porque contiene todas las cuestiones y disputas legales, y por decirlo así, recibió en su seno cuanto se pudo recoger por todas partes, *L.* 2. §. 1. *ff. De vet. jur. enucl.* Llámase tambien *Digesto*, porque no se aglomeraron indistintamente y sin órden las materias, sino que se distribuyeron con órden y en determinados títulos. De ambos vocablos se valieron otros autores y jurisconsultos para designar otros tratados, pues *Apicio*, que escribió del *arte de cocina*, llamó á su libro *Digesto*, y mucho tiempo ántes de Justiniano escribieron Pandectas y Digestos Juliano, Ulpiano, Celso, Paulo y otros.

3º Que las leyes de las Pandectas, aunque sacadas de diversos autores, están no obstante enlazadas entre sí, de suerte que muchas vezes el sentido de la que sigue, debe sacarse por el de la que antecede; lo que no sucede así en el Código. Por ejemplo, las leyes 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, *ff. De procurat.* no presentan ningun sentido, á no juntarse las últimas palabras de la lei 17.

4º Que para citar las Pandectas, primero se suele poner el número de la lei (los antiguos añadian tambien la palabra inicial), despues el número del párrafo, despues dos eses unidas (*ff*), ó esta señal (π) ó una (D), signos de las Pandectas, y por último el título: por ejemplo, *L. Pomponius* 40. §. 4. *ff. De procurat.* No suele espresarse el número del libro ni del título; ni está recibido que se cite así *Lib. III. Digest. tit.* III. *Lex* 40. §. 4. Así que deberá procurar el legista familiarizarse con el órden de los

títulos, porque de otra manera se verá mui embarazado al buscar las leyes (1).

§. VII. Cuando aún no se habian publicado las Pandectas salieron á luz en los años de 530, 531, y 532 las *Cincuenta Decisiones*, acerca de las cuales examinaremos, 1º por qué se escribieron; 2º quién las escribió, y 3º dónde se hallan.

1º Las cincuenta decisiones tuvieron orígen de las sectas de los jurisconsultos. Es de saber que ya en tiempo de Augusto florecian en Roma dos mui célebres jurisconsultos, á quienes Tácito, *Annal. l. III. c.* 75, llama *dos ornamentos de la paz*, Antistio Labeon y Ateyo Capiton. Era el primero tan amante de la libertad, que Augusto, ni aún ofreciéndole el consulado, pudo atraerle á su partido. *L.* 2. §. 47. *De origine juris*. El segundo, *dotado de una índole que agrada á los que mandan, porque es condescendiente*, (Tac. *ib.*) adulaba á Augusto. Estos jurisconsultos disentian en muchas interpretaciones del Derecho. El principal discípulo de Capiton era Masurio Sabino, y de Labeon lo era Nerva (2), á quien sucedió Próculo. Como propagasen estos jurisconsultos en sus descendientes la doctrina de sus maestros, se llamaron *sabinianos* los primeros y *proculeyanos* los segundos, Á Sabino sucedió Cayo Casio Longino, y Pegaso á Próculo, de quienes recibieron estas sectas nuevos nombres, llamándose aquellos

(1) Nuestro modo de citar, por regla general, es poner 1º el número de la lei, 2º el del título, y 3º ó el número de la Partida, ó el del libro, con el nombre del código á que se quiere hacer referencia. Ejemplos: L. 3. tit. 4. lib. 5. del Fuero Juzgo. — L. 7. tít. 9 Partida 4. — L. 6. tit. 1. lib. 4. del Ordenamiento real. — L. 7. tit. 4 lib. 10 de la Novísima Recopilacion. Y si se trata de reales cédulas ó decretos, se espresa la fecha con que se espidieron y el capítulo, v. gr. real cédula de 31 de mayo de 1789, cap. 4, etc, etc.

(2) Abuelo del que fué emperador.

casianos y estos *pegasianos*. Unos y otros andaban mui desacordes en varios puntos principales del Derecho; por lo que, siendo este ambiguo é incierto, Justiniano, para dar fin á tales controversias, publicó las Cincuenta decisiones, en las cuales unas vezes se adhirió al parecer de los proculeyanos, otras al de los sabinianos, y otras á ninguno de los dos partidos.

2º Llámanse estas decisiones justinianeas, porque fueron escritas bajo sus auspicios, sin embargo de que se valió principalmente de Triboniano, que se alaba de ello en el §. 3. *Inst De libertinis*.

3º Y dónde se hallan estas cincuenta decisiones?

Primeramente se publicaron separadas; mas hoi existen en el código *Repetitæ prælectionis*, cada una en los diversos títulos á que por su materia pertenece. Sin embargo se pueden fácilmente conocer por dos signos ó caractéres.

1º En que todas se dieron en el consulado de Lampadio y Oreste, ó en el primero ó segundo año despues de este consulado de Lampadio y Oreste.

2º En que por ellas se decide alguna cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos. Pueden servir de ejemplos las *L.* XII. *C. De usuf* *L.* XXIV. *C. De legat.* y *L. ult. C. Decondit. instit.* Por lo demas Edm. Merilio publicó separadamente estas cincuenta decisiones. *Lut. Par.* 1618. ilustradas con un copioso comentario, que se reimprimió posteriormente en Nápoles con las demas obras suyas. Tambien hai un comentario, aunque imperfecto, de estas decisiones del eruditísimo jurisconsulto Juan Strauquio.

§. VIII y IX. Por el mismo tiempo se escribieron las *Instituciones ó Instituta*, que ocupan el primer lugar en el Cuerpo del Derecho, cuyos autores fueron tres jurisconsultos de aquella edad, *Triboniano*, *Teófilo* y *Doroteo*, los cuales sin embargo no las compusieron de nuevo, sino

que tomaron una gran parte de ellas de los jurisconsultos antiguos, como Ulpiano, Florentino, Cayo, segun se advierte por los fragmentos que nos han quedado de las Instituciones de Cayo (1). Publicáronse las Instituciones en el año de 533, y recibieron su autoridad juntamente con las Pandectas. Y aunque se compusieron con el fin principal de que por ellas aprendiesen los jóvenes los elemento del Derecho en las tres academias de Roma, Constantinopla y Berito, recibieron tambien al mismo tiempo igual autoridad legal que tienen las constituciones de los príncipes (2), §. 6. *prœm. Inst.* El mismo Teófilo, que en union

(1) La obra mas importante de Cayo es la que se intitula *Instituciones*, por ser el fundamento de la Instituta de Justiniano, conocida mucho tiempo únicamente por lo que de ella teniamos en el *Breviarium alaricianum*; pero en el año de 1816 descubrió Niebuhr las verdaderas Instituciones de Cayo en un palimpsesto de la biblioteca del calbido de Verona; descubrimiento inestimable para los que quieren profundizar el Derecho romano. *Elementos de Derecho romano* de Makeldei.

(2) Constitucion del emperador Justiniano por la que aprueba la Instituta. — En el nombre de nuestro Señor Jesucristo. — César Flavio Justiniano, emperador de los alemanes, godos, francos, germanos, anticos, alanos, vándalos, africanos, pio, feliz, inclito, triunfador, etc., siempre augusto y tres vezes cónsul. Á la estudiosa juventud que desea aplicarse al estudio de las leyes, salud.

No es suficiente solo el que la majestad del príncipe sea respetada por la fuerza de las armas, si que tambien es menester que afianze su autoridad en las leyes, para gobernar bien el reino en tiempo de paz y de guerra; ni conseguirá completamente su objeto, si ademas de alcanzar en los combates la victoria del enemigo, no reprime con la sabiduría de sus leyes la injusticia de los calumniadores, y se hace tan esclarecido por su justicia, como grande por sus victorias y triunfos.

Con el socorro de la divina providencia, y á fuerza de desvelos y fatigas hemos conseguido ambos objetos, pues que no solamente hemos hecho sentir de nuevo el poder de nuestras armas á las naciones bárbaras que hemos conquistado, si que tambien hemos vuelto á poner bajo de nuestra obediencia al Africa y otro crecido número de provincias, que por mucho tiempo habian estado bajo la dominacion de nuestros enemigos; de manera que todos los pueblos están sometidos á las leyes

con Triboniano y Doroteo compuso las Instituciones, las ilustró despues con una paráfrasi griega: existe todavía, y es utilísima para penetrar mas exactamente el sentido de la Instituta. La mejor edicion es la de Cárlos Annibal Fabrot.

que hemos publicado, y á las que metódicamente hemos recopilado.

Despues de haber sacado de la confusion en que estaban, y puesto en órden las constituciones imperiales, hemos redactado en un solo volúmen immenso número de ellas, que fluctuaban, por decirlo así, en un vasto océano, y se ha acabado con el socorro divino en poco tiempo una obra intentada inútilmente por muchos.

En seguida de este feliz éxito, de que somos deudores al Todopoderoso, hemos encomendado á Triboniano, eminente por su sabiduría, gran maestro, excuestor de nuestro palacio, y ex cónsul; y á Teófilo y Doroteo, personas ilustres y hombres consumados en la ciencia del Derecho, cuya capacidad, profunda erudicion en la jurisprudencia, y exactitud y fidelidad en ejecutar nuestras órdenes, hemos esperimentado muchas vezes; el que compusieran, especialmente bajo nuestra autoridad y conforme á nuestro pensamiento, estas Instituciones, á fin de que, sin necesidad de los libros antiguos, llenos de máximas desusadas, podáis recibir de la majestad imperial los primeros elementos de la legislacion, aprendiendo solo cosas útiles, y lo que se practica actualmente, á fin de que con brevedad os enteréis de las constituciones de los emperadores, que apenas se sabian ántes despues de cuatro años de estudio, pudiendo teneros por felizes en gozar de estas ventajas, y de tener el honor de obtener de vuestro mismo emperador el principio y fin del estudio de la jurisprudencia.

Así es que hemos mandado dividir en cuatro libros las Instituciones, para que sirvan de elementos y primeros principios de toda la jurisprudencia, inmediatamente despues que los dichos tres jurisconsultos, distinguidos por su sabiduría y elocuencia, han acabado de reunir todo el antiguo Derecho en los cincuenta libros del Digesto.

En él hemos referido sucintamente el Derecho antiguo, y aquellas leyes que, despues de desusadas, se han vuelto á restablecer por nuestra autoridad.

Hemos leído estos primeros elementos de la jurisprudencia, sacados de todas las instituciones de los antiguos jurisconsultos, y principalmente de nuestro Cayo, de sus memorias, compilaciones y comentarios, presentados por aquellos tres esclarecidos varones y los

Adviértase que así como se citan por leyes las Pandectas y el Código, las Instituciones se citan por párrafos; de suerte que puesto el número del párrafo, se añade la letra *I ò Institut.* señal de las instituciones, y despues sigue el título; v. gr. *princ. Inst. De nuptiis*, §. 3. *Inst. De actionibus.*

§. X. Aquí pudieran haber cesado los desvelos de Justiniano, si Triboniano y sus consocios hubiesen trabajado con mas cuidado; pero concluídos el Código, Pandectas é Instituciones, se vió inmediatamente que era defectuoso el Código justinianeo, y en muchos capítulos contrario á las Pandectas. Ningun otro remedio quedaba mas que hacer otro nuevo, y abolir el primero; lo que se verificó en el año de 534. Con esto se entiende lo que dijimos en el §. 5., de que ya no existe al presente el Código justinianeo, y tambien por qué el Código que existe en el Cuerpo del Derecho, se llama Código *Repetitæ prælectionis*, que no es otra cosa que el primero, revisado y enmendado cuidadosamente, y con muchas adiciones y espurgaciones. De donde proviene el que muchas vezes el Código sea citado en las Instituciones, y sin embargo no se halle el pasaje citado en el Código que tenemos; porque habiéndose compuesto el que existe, despues de las Instituciones, no pudo Justiniano citar en ellas mas que el primero. Suele citarse el Código, poniendo primero el número de la lei, y alguna vez el párrafo, despues la letra *C.*, signo del Código, y finalmente la rúbrica del título; v. gr. *L.* 12. §. 9. *C. De episc. et cleric.* El órden de las materias es casi

aprobamos y les damos la misma autoridad que á nuestras propias leyes.

Recibid pues estos códigos con entusiasmo, y estudiadlos tan bien, que despues de haber concluido su estudio, podáis ser dignos de que se os confien los cargos del imperio.

Dada en Constantinopla, á 30 de diciembre de 533.

el mismo en el Código que en el Digesto, y no hai mas diferencia sino que en el Código van al principio las constituciones de la santísima Trinidad, de las iglesias, herejes y obispos; y que el Derecho público se trata en los libros XI y XII, que tienen de particular el que, si se cita alguna lei de ellos, se suele añadir el número del libro y el del título, v gr. *L.* I. *C. De fundis et saltibus rei dominicæ, lib. XI. tit.* 66.

§. XI y XII. Concluído ya el Cuerpo del Derecho, Justiniano sancionó, segun su costumbre otras muchas constituciones, que por ser posteriores á aquel, se llamaron *Novelas*. Casi todas se publicaron en lengua griega, á causa de ir ya cayendo poco á poco en desuso el idioma latino en el imperio de Oriente; no obstante algunas se publicaron en latin. Por lo demas existen tres ediciones de las *Novelas*: 1ª el testo griego que Escrimgero Escoto sacó de varios códices: 2ª la version latina hecha por Juliano, patricio y profesor, que vivió poco despues de Justiniano, la cual se publicó en Paris en 1583, y 3ª la que se halla en el Cuerpo del Derecho, sin autor conocido, compuesta en estilo bárbaro y oscuro. No obstante debe observarse que, si bien las dos primeras ediciones son mas exactas y elegantes, solo la tercera está recibida en el foro en algunas partes, de suerte que goza de autoridad legal, aún cuando á vezes no esprese bien la mente de Justiniano. Con todo las otras ediciones son de suma utilidad para entender bien las Novelas. Por lo demas las Novelas se suelen citar poniendo primero el número y despues el capítulo en esta forma, *Nov. CXVII. c. I.* (1).

(1) Tampoco carecemos en España de *Novelas*, y como tales pueden mirarse los decretos, órdenes y resoluciones de S. M. que todos los dias están saliendo, y de que ya hai una voluminosa *coleccion*, que comprende desde el año de 1814 hasta el presente.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. XIII. Todas las obras que hasta aquí dejamos enumeradas, se trabajaron bajo los auspicios del emperador Justiniano. Pero ademas hai otras insertas en el Cuerpo del Derecho, que no deben su orígen á este príncipe: tales son las *Auténticas*, de que hablaremos en este párrafo; y los *Libros de los feudos*, que serán la materia del siguiente. Á las *Auténticas* se las llama tambien Novelas, por llevar en todas las ediciones la inscripcion: *Authenticæ seu novellæ constitutiones Justiniani sacratissimi principis.* Pero aquí no se trata de estas. Trátase sí de saber que al fin de muchas leyes de Código se pusieron ciertos escolios, en los cuales se manifiestan las variaciones causadas por las Novelas y el nuevo Derecho qee se habia ido introduciendo. Por ejemplo, á la *l.* 13. *C. De s.* (*L. l. t.* 2.) *ecclesiis* se la pusieron dos Auténticas, porque permitiéndose por la lei á los que entran en alguna religion, el que puedan hacer testamento, en estas Auténticas se nota que la disposicion está variada por las Novelas V y CXXIII; y estos escolios son propiamente los que se llaman Auténticas (1).

Aún no se sabe á punto fijo quién las haya agregado, aunque es verosímil fuese Irnerio, jurisconsulto que en el siglo XII fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia (2). Cítanse la Auténticas, po-

(1) Estas Auténticas son de dos clases: doscientas diez son estractos de las Novelas de que habla el autor, y las trece restantes son estractos de las constituciones de los emperadores Federico primero y segundo de Alemania, hácia mediados y fines del duodécimo siglo, y por esto se llaman *Authenticæ friedericianæ*, que en forma de estracto se insertaron en el Código por los catedráticos de Bolonia, y por ser mas recientes, son preferidas á las otras constituciones. Se conocen por la inscripcion *Nova constitutio Friederici*, y se citan como los estractos de las Novelas.

(2) El primero que enseñó el Derecho romano en la universidad de Bolonia fundada y conservada por los papas para enseñar en ella el

niendo primero la abreviatura *Auth.*, despues las iniciales, en seguida la letra *C.*, y finalmente la rúbrica del título en que se hallan: v. gr. *Auth. Ingressi monasteria, C. de SS. ecclesiis. Auth. Habita, C. Ne filius pro patre, L. 4. t.* 13.

§. XIV. Tambien tenemos en el Cuerpo del Derecho los *Libros de los feudos* (1), aún cuando no pertenecen al Derecho romano. En efecto los romanos no conocieron los feudos, pues son originariamente de institucion germánica, aunque despues se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII Gerardo Níger y Oberto de Orto, cónsules de Milan, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviese despues á florecer en Bolonia el estudio del Derecho, el jurisconsulto Hugolino agregó al Cuerpo del Derecho estos libros de los feudos como apéndice de las Novelas. De aquí provino, el que justamente con el Cuerpo justinianeo fuese recibido en el foro este libro como Derecho feudal comun, por el cual se deberian decidir las controversias feudales, en caso de faltar cos-

Derecho romano y el canónico, despues que en 1137 se descubrieron las Pandectas en *Amalfi*, ciudad de la Italia, fué el jurisconsulto *Pepo*, á quien siguió *Irnerio* ó *Werner*; y como este ilustrase el testo de las compilaciones de Justiniano con notas relativas al fondo de la materia y al de las espresiones, á lo que se llamó *glosas*, adquirió una reputacion mucho mayor; tanto que en el duodécimo siglo se le llama *Magister Guarnerius* ó *Wernerius de Bonnonia*; y *Odofredo* en la Gloss. ad F. 6. D. 11, le llama *primus illuminator scientiæ nostræ*, y sin duda por esta razon dice el autor que fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia.

(1) Feudo; segun dice la lei 1. tit. 26. Part. 4, es bienfecho que da el Señor á algunt home, porque se torna su vasallo, et le face homenaje de serle leal: et tomó este nombre de fe, que debe siempre guardar el vasallo al Señor.

tumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos, se pone primero el número del libro, despues la letra *F.*, y finalmente el número del capítulo y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. *F.* 24. §. 2.

Estas son las partes de que se compone el Cuerpo del Derecho, pues aún cuando en él se hallen las Novelas del emperador Leon y de otros príncipes, y tambien los Cánones apostólicos, no tienen uso ninguno en el foro, y por lo mismo no pertenecen propiamente al Cuerpo del Derecho.

§. XV. Resta la última parte del proemio, en la cual se pregunta: *cuál sea la autoridad, así de estos libros, como del mismo Cuerpo del Derecho?* Esta cuestion se resolverá perfectamente por medio de tres axiomas incontestables: I°. *Una lei posterior siempre deroga la anterior.* L. ult. ff. De const. princ. La lei es la voluntad del sumo imperante, y la voluntad posterior no puede ménos de mudar y quitar la anterior. II°. *Los particulares no establecen leyes.* Puede el particular interpretar las leyes (1),

(1) Interpretacion es la aclaracion de una cosa dudosa; y así cuando a lei está tan oscura que no se sabe cuál fué la mente del legislador, es preciso acudir á este para que manifieste lo que quiso mandar; de modo que en este caso la interpretacion está inherente á la soberanía, y ningun particular tiene autoridad para interpretar la lei. Por esta razon se manda en nuestra legislacion, que cuando en el foro sobrevenga un caso que no esté comprendido en la lei, ó esta fuere tan oscura que no se pueda saber lo prevenido por ella, los jueces acudan al soberano para que resuelva lo correspondiente; de manera que si la ei estuviere desusada, ó por el trascurso del tiempo, ó por la mayor civilizacion, y la pena aplicada, por ejemplo, á un delito, pareciese escesiva y dura, entónces los jueces deben acudir al soberano y hacérselo presente, para que provea de remedio, pero nunca templarla ni minorarla á su arbitrio, porque no tienen facultad para ello; y es un abuso intolerable y perjudicial al estado el que los tribunales conmuten las penas y no se atengan exactamente á la lei. Por eso cuando dice el autor que el particular puede interpretar las leyes, debe entenderse de la interpretacion doctrinal; esto es, que puede esplicarlas, comentarlas y aclararlas con ejemplos y raciocinios.

puede aconsejar, juzgar segun ellas; pero no hacerlas (1), porque la lei es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él. III°. *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estraños.* Se dice que la lei es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos indisputables axiomas se deducen muchas consecuencias acerca de la autoridad del Derecho, que vamos á esponer. Primeramente, de que la lei posterior derogue la anterior, se sigue 1° que el Código hermogeniano y gregoriano, de los cuales en el dia solo existen fragmentos, igualmente que el Código teodosiano que poseemos casi íntegro, no tienen al presente autoridad ninguna, pues, conteniendo estos libros el Derecho antejustinianeo, los deroga el Derecho de Justiniano. Y de aquí es que estos códigos pueden ser útiles para interpretar las leyes; pero no servir para el foro, aún cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código justinianeo; y segun la *L.* 2. §. 19. *C. De vet. jur. enucl.* cometia el crímen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano, para decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma 2° que las Novelas derogan la Instituta, Pandectas y Código; pues segun vimos en los §§. 11 y 12, son posteriores á todos los libros del Cuerpo del Derecho. Por ejemplo, en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder abintestato de distinto modo que en la *Nov.* 118. Qué

(1) Tampoco en España puede nadie mas que el rei establecer leyes. La *L.* 12 *tit.* 1. *Part.* 1 dice: « emperador ó rei puede facer leyes sobre « las gentes de su señorío, é otro ninguno no ha poder de las facer en « lo temporal; fuéras ende si lo ficiesen con otorgamiento dellos; é las « que de otra manera fueren fechas no han nombre ni fuerza de leyes, « ni deben valer en ningun tiempo.» Véase tambien la *L.* 2. *tit.* 1. *Part.* 2 y la *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recop.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

disposicion es la que se deberá seguir? La que se contiene en la Novela, porque la lei posterior deroga la anterior, 3º Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual, si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas *L.* 79. *De acquir. vel omitt. her.* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos; mas en los títulos del Código, *De bonis maternis* y *De bonis quæ liberi,* se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá? El del Código; porque la lei posterior deroga la anterior. 4º Derívase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogan mutuamente las Pandectas y las Instituciones, porque quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de diciembre de 533, *L.* 2. *C.* §. 23. *De vet. jur. enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porque él mismo habia con prudencia dispuesto que se compusieran estos dos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á vezes las Pandectas y las Instituciones, se pregunta, qué disposicion se deberá seguir? Dos son las reglas que han de observarse: 1ª *la Instituta tiene ménos autoridad que las Pandectas, por cuanto fué sacada de ellas,* pues siempre merece mas fe el original que el estracto. Así pues cuando se consideran las Pandectas como un original, de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion cuando uno hace trigo de espigas ajenas.* Lo contrario se dice en la *L.* 7. *ff. De acquir. rer. dom.* Á qué libro daremos mas crédito? Á las Pandectas, porque se conoce que se sacó mui inexactamente de ellas este pasaje de las

Instituciones. 2ª *Ceden las Pandectas á las Instituciones, siempre que aparezca que se hizo alguna inovacion por estas,* pues la lei posterior deroga la anterior. Si es por tanto cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin dudas deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L.* 9. *y L.* 11. *ff. De manum. vindicta,* leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta,* aprobada que sea por el tribunal la causa que para ello tenga; y en el §. 1. *Instit. Quibus ex causis manum. non licet,* se permite á los menores de diez y siete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá? La de las Instituciones; porque es claro que el emperador quiso abolir é innovar el Derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

§. XVI. El otro axioma es que *el particular no establece leyes.* De él es fácil inferir qué autoridad gozan las Auténticas, copiladas privadamente por Irnerio, segun dijimos en el §. 13. Su autoridad no viene de haberlas compuesto Irnerio, porque el privado no establece leyes; sino de haber sido sacadas de las Novelas y de otras constituciones de varios príncipes, de cuya autoridad nadie duda. Por eso todas siguen esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes á no ser en cuanto convienen con las Novelas, de donde están sacadas.*

De aquí nace la gran disputa de si les Auténticas convienen siempre con las Novelas. Algunos lo afirman y sostienen con empeño; pero no puede negarse que Irnerio, jurisconsulto semibárbaro, que trabajó el primero sobre el Derecho romano, cometió defectos y dejó muchas vezes de ser infalible. Siempre que sucede pues, que Irnerio dió á las Novelas un sentido distinto del verdadero,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

lo que no deja de ser frecuente (1), no tienen ninguna autoridad las Auténticas.

§. XVII. El tercero y último axioma es : *las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos; no á los estraños* (2) Por este axioma podrán resolverse dos cuestiones. 1ª ¿ Nos obliga á nosotros el Cuerpo del Derecho de Justiniano ? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador. Porque este príncipe mandó en Oriente, y jamas dominó en Alemania, la Bélgica ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los germanos, belgas, galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, mui diversas de las romanas. Mas no obstante tiene autoridad el Derecho justinianeo (3), por haberlo recibido y

(1) Sirvan de ejemplo la Aut. *Bona damnatorum, Cod. De bonis proscript.*, la Aut. *Ex causa, Cod. De liber. præterit. et exhered*, la Aut. *Hæc ita, Cod. De verbor. oblig.*, y la Aut. *Sed hodiè, Cod. De judiciis.*

(2) Los que vivieren por algun tiempo en el reino del legislador, deben contratar y pleitear segun las leyes de las provincias á no ser si contratasen sobre bienes raízes sitos en otras ; y segun las leyes del señorío donde se cometiere un delito, debe ser juzgado el delincuente. *L.* 15. *tit.* 1. *Part.* 7.

(3) Nada de esto sucede en España. En la *L.* 8 y L. 9. tít. 1. lib. 2 *del Fuero Juzgo*, se prohibe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, repitiéndose esta prohibicion en la *L.* 3. *t.* 6. lib. 1. *del Fuero Real.* — El sabio autor de las Partidas en la *L.* 6. *tit.* 4. *Part.* 3. hablando de los juezes, dice « que los pleitos que vinieren « ante ellos, los libren bien é lealmente lo mas aina é mejor que su- « pieren, é por las leyes de este libro, é non por otras. » Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus dominios las leyes romanas, del mismo modo que lo habian hecho sus antepasados. — La *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 8. *de la Nov. Recop.* (1ª de Toro) espresa el órden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ellas los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la Novísima Recopilacion, y en falta de estas por los

sometidonos voluntariamente á él, á causa de su equidad, usándolo en los cátedras, academias y en el foro, desde el siglo XIII y siguientes, como lo prueba Estruvio en su *Historia juris*. Dedúcese de esto que no todo el Derecho de Justiniano nos obliga, sino solamente el recibido ; porque todas las naciones tienen sus estatutos, sus leyes propias, municipales, provinciales, usos y cos-

fueros que estén en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo se halla confirmado por la *Pragmática sancion del señor D. Felipe II de* 14 *de marzo* de 1567: siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. — El auto acordado de 4 *de diciembre* de 1713, ponderando el abuso de citar autores estranjeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canónicas; que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice : « Lo que es mas intolerable, es que les parece que « en los tribunales reales se debe dar mas estimacion á las leyes civiles « y canónicas..... que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, estatutos y « fueros de estos reinos ; siendo así que las civiles no son en España « leyes, ni deben llamarse así, sino sentencias de sabios, que solo pue- « den seguirse en defecto de lei, y en cuanto se ayudan por el Derecho « natural y confirman el real, que propiamente es el Derecho comun, « y en el de los romanos, cuyas leyes ni las demas estrañas no deben « ser usadas ni guardadas, segun dice espresamente la *L.* 8. *tit.* 1. lib. « 2. *del Fuero Juzgo* ; y la glosa de su cementador Alfonso de Villa- « diego y otros refieren hubo lei en España que prohibia con pena de « la vida alegar en juicio alguna lei de los romanos..... » — Por el mismo *auto* y la *L.* 1ª *de Toro* se ve que cuando ocurre duda sobre alguna lei real, ó en falta de esta, se acude al príncipe para que interprete y provea.—La *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recopil.* (2ª de Toro) manda á los jurisconsultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas, *pues por ellas*, dice la lei, *y no por otras han de juzgar.* — Á pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del Derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra. — El *decreto del señor D. Felipe V* de 1713, y el *auto acordado de* 29 *de mayo de* 1741 mandan se enseñe el Derecho español en nuestras universidades, donde se habia de permitir el estudio de las leyes romanas *para mejor ilustracion y noticia del que fuese aplicado.* Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar el Derecho romano.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos, etc.; mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los juezes recurrir subsidiariamente al Derecho romano (1). 2° La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase, si estas Novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en Occidente las leyes de los emperadores de Oriente, porque la misma autoridad tenia Justiniano que vivió ántes de Carlo Magno para darnos leyes, que Leon el Sabio. La verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido, pero al cuerpo justinianeo del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fué cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á la luz en el siglo XV, fué el esclarecido ornamento de la Frigia, Vigilio Zuichemo. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del Cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

(1) Véase la nota anterior.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

§. XVIII. La rúbrica misma nos indica que este título consta de dos partes. La primera trata de la justicia, §. 18 hasta el 23: la segunda del Derecho ó de la jurisprudencia, §. 24 hasta el 32: Acerca de la justicia se pregunta, 1° por qué se trata de ella? §. 18, 2o qué cosa sea? §. 19 y 3o de cuántas maneras? § 20 hasta el 33.

I. En las Instituciones y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que todo el que se dedica á cualquier ramo, tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felizidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con el fin de que haya igualdad de derecho en la república, para que se aumenten las virtudes con los premios, se estingan los crímenes con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos, etc.; mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los juezes recurrir subsidiariamente al Derecho romano (1). 2° La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase, si estas Novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en Occidente las leyes de los emperadores de Oriente, porque la misma autoridad tenia Justiniano que vivió ántes de Carlo Magno para darnos leyes, que Leon el Sabio. La verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido, pero al cuerpo justinianeo del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fué cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á la luz en el siglo XV, fué el esclarecido ornamento de la Frigia, Vigilio Zuichemo. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del Cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

(1) Véase la nota anterior.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

§. XVIII. La rúbrica misma nos indica que este título consta de dos partes. La primera trata de la justicia, §. 18 hasta el 23: la segunda del Derecho ó de la jurisprudencia, §. 24 hasta el 32: Acerca de la justicia se pregunta, 1° por qué se trata de ella? §. 18, 2o qué cosa sea? §. 19 y 3o de cuántas maneras? § 20 hasta el 33.

I. En las Instituciones y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que todo el que se dedica á cualquier ramo, tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felizidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con el fin de que haya igualdad de derecho en la república, para que se aumenten las virtudes con los premios, se estingan los crímenes con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ande el buei seguro por los campos, ó como dice el Apóstol, para que vivamos quieta y tranquilamente en toda piedad y honestidad, *1 Tim. c. 2. v. 2.* Con sublimes palabras espresa Ulpiano el fin de la jurisprudencia en la *L. I. §. 1. ff De justitia et jure*, donde llama á los jurisconsultos sacerdotes de la justicia, así como los filósofos se llamaban en otro tiempo sacerdotes de la sabiduría y de la virtud. Pues así como el fin del sacerdote es tributar culto á Dios, y hacer mejores á los hombres, de la misma manera nosotros lo tributamos á la justicia, y enseñamos públicamente las nociones de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto. *V. L. I. §. I. D. h. t.* Luego se separan enteramente de este fin aquellos que aprenden el Derecho para charlar alguna vez en el foro, y enriquecerse arruinando á los clientes. Hombres de esta casta no merecen llamarse jurisconsultos, sino buitres togados, peste de la república, tanto peores que los mismos ladrones, cuanto que roban impunemente, escudados con la justicia. Quede pues impreso en el ánimo de los legistas, que el fin de la jurisprudencia es la justicia.

§. XIX. Pero qué es esta justicia? En las Institutiones y en el Digesto se define diciendo, que es la *voluntad constante y perpetua de dar á cada uno su derecho* (1). Buena

(1) Esta definicion está tomada, segun dice Heineccio, de la filosofía estoica, cuyos sectarios consideraban la justicia como un hábito contraido; y por consiguiente atendiendo á que un hábito no es mas que el resultado, la repeticion de unos mismos actos, creian que el que una vez obraba en sentido contrario á los preceptos de la justicia, ya nunca podia ser justo. Este modo de discurrir es falso por varios motivos, aun tratándose de la justicia moral; pero mucho mas lo será, si se quiere aplicar á la justicia civil, que es la que debe formar el objeto del legislador y del jurista, como demuestra claramente nuestro autor. La definicion pues que da Heineccio de la justicia, es la que debe tenerse presente en unas instituciones civiles, y no la que dió el emperador Justiniano llamándola *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ni la de nuestro rei Don Alonso el Sabio, que en la *L. 1. tit. 1. Part. 3.* la define diciendo, ser « raigada virtud que dura « siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada « uno su derecho igualmente. » Cuyas dos definiciones enteramente iguales en su sentido, es evidente que solo se refieren á la justicia moral, que está fuera del resorte de la jurisprudencia.

definicion, con tal que se entienda como se debe. Está tomada de la filosofía estoica, que seguian la mayor parte de los jurisconsultos antiguos; y para los estoicos toda virtud era *una constante y perpetua voluntad*, pues tenian siempre por malo al que lo era una vez. De aquí es que Ciceron *Parad. III. c. 1.* donde examina los principios de los estoicos, dice: *que solo la virtud guarda conveniencia con la razon y perpetua constancia.* ¿Qué otra cosa es esto mas que una constante y perpetua voluntad? Luego cuando se dice en la definicion que la *justicia* es una voluntad constante y perpetua, es lo mismo que si se dijera que la justicia es una virtud, de manera que este es el género de la definicion. La diferencia específica es: *de dar á cada uno su derecho*: en lo cual se diferencia la justicia de las demas virtudes, pues la piedad da culto á Dios, la templanza da al templado lo que pide la virtud y la honestidad, y la justicia da al prójimo lo que se le debe. Luego es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno su derecho. Con todo eso no es fuera de propósito averiguar, si esta definicion es perfecta, y si la justicia definida de este modo es el fin de la jurisprudencia. Para entender la cuestion, conviene saber que la *justicia* es de dos maneras, *moral* y *civil*. La *moral* es una virtud que consiste en la mente, ó un hábito del ánimo, por el cual uno arregla sus acciones á la lei. Luego no es justo en este sentido aquel que cumple sus obligaciones esternas para con los demas, á no hacerlo por amor de la virtud y con buena intencion. El fariseo, por ejemplo, que se alababa de no ser robador,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo, porque no se abstenia de estas depravadas acciones por amor de la virtud, sino por hipocresía. Al contrario se llama justicia *civil*, cuando arregla uno las acciones esternas á la lei, de suerte que da á cada uno lo suyo, aún cuando no lo haga por amor de la virtud ó con buena intencion, sino por miedo del castigo. Por consiguiente si uno paga al magistrado los tributos, si no daña á ningun conciudadano, ni mata á nadie, ni comete hurtos ni rapiñas, será civilmente justo, aunque haga todo esto con repugnancia, aún cuando sea hipócrita, y aún ateo. Ahora bien, cuales son los medios, tal es el fin. Los medios que facilita la jurisprudencia, son las penas y los premios, *L.* 1. §. 1. *ff. De just. et jure;* estos á ninguno pueden hacer moral, sino civilmente justo, porque en el foro nadie sufre pena por sus pensamientos, *L.* 18. *ff. De pœnis*: luego la justicia civil es el fin de la jurisprudencia, sin embargo de que la justicia que en nuestro Derecho se define, es la moral, que seguramente no se obtiene por los preceptos de la jurisprudencia. ¿Como pues se podrá definir la justicia civil que es el fin de esta? Diciendo que es *la conformidad de las acciones esternas con las leyes, en virtud de la cual no se daña á nadie y se da á cada uno lo que es suyo.*

§. XX. Habiendo ya visto qué es justicia, se pregunta ahora, de cuántos modos sea? Siguiendo á Grocio *De jure belli et pacis, L.* 1. *c.* 1. §. 8., la dividimos en *espletriz* y *atributriz*; contra cuya division disputa fuertemente el sabio Pagenstechero en *Admonit. Part.* I. §. 6; aunque todo viene á parar en decir que las palabras no son bastante propias. Vamos á verlo nosotros. Los deberes que tenemos respecto de los demas hombres, son de dos maneras: unos que la lei prescribe como *necesarios*, en tales términos, que al que no cumple con ellos, se le puede obligar y castigar; tales son todos los que se derivan de aquella regla de justicia:

No hagas á otro lo que no quieras que te hagan á ti; por consiguiente no se debe matar á nadie, ni injuriarle, ni dañarle: las deudas deben pagarse, los pactos cumplirse, etc. Si hai alguno que no haga esto, puede el magistrado obligarle á ello ó castigarle; y de aquí es que estos deberes son *perfectos*. Otros deberes recomienda la lei como *honestos;* pero á nadie obliga á cumplirlos, dejándolos solo á la virtud de cada uno: tales son todos aquellos que se derivan de la honestidad ó del decoro. Así, por ejemplo, la lei manda que se dé limosna á los pobres, que se ejerza con todos la humanidad, que se enseñe el camino al que se ha estraviado, que se dé fuego al que lo necesite, etc.; pero si alguno no lo hiciere, aunque será inhumano, no por eso se le podrá demandar, ni podrá obligarle el magistrado por medio del castigo á ejecutarlo. Pertenecen estas cosas mas bien á la voluntad y al buen oficio, que á la obligacion, *L.* 17. §. 3. *ff. commendati*; y se llaman *deberes imperfectos*. De todo lo dicho será fácil conocer, en qué se diferencia la justicia espletriz de la atributriz.

§. XXI. Espletriz es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Por consiguiente el que se abstiene de hurtos y rapiñas, paga sus deudas, observa los pactos y contratos, cumple con la justicia espletriz, porque está obligado á todas estas cosas por el Derecho perfecto, de modo que puede el magistrado compelerle por la fuerza á entrar en órden y á cumplir con los otros estas obligaciones.

Por el contrario, atributriz es la que da á cada uno lo que es mas de voluntad y buen oficio, que de necesidad, esto es, la que da lo que debemos á otro, pero que se lo debemos de manera que no se nos puede obligar á darlo. Luego si uno repartiese limosna á los pobres, aconsejase á los infelizes, enseñase el camino á los descarriados, cumpliria sin duda con la justicia atributriz.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Puede preguntarse aquí, ¿por qué admite coaccion la justicia espletriz y no la atributriz? Muchas razones hai para ello; pero no las comprenderán los principiantes, á no estar enterados del Derecho natural. Basta alegar una. Todos los oficios perfectos se deben *por una y determinada persona*, de manera que si no los cumple esta persona, no podemos exigirlos de otra. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, solo puedo exigirlos de Ticio, y se burlarian todos de mí, si no pagándomelos Ticio, se los pidiese á Mevio. Al contrario, los *oficios imperfectos* no se deben por cierta y determinada persona, sino *por todos indefinidamente*. Si, por ejemplo, Pedro está necesitado, tengo obligacion de darle una limosna; pero no recae sobre mí solo esta obligacion, sino tambien sobre los demas hombres. De modo que si yo le niego este socorro, lo podrá pedir con igual derecho á Juan, á Diego y á todos los demas hombres. Con que debiéndose los oficios perfectos por una y determinada persona, deberá esta ser obligada á cumplirlos, porque de otra manera se me privaria de mi derecho; mas no interesó á la república establecer coercicion en los imperfectos, porque no se priva de su derecho al mendigo, cuando alguno le niega la limosna.

§. XXII. Tratamos tambien ahora de los tres preceptos del Derecho que se refieren en el §. 3. *Instit. h. t.* y en la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*, porque se pueden esplicar fácilmente por esta primera division de la justicia. Estos tres preceptos son *vivir honestamente*, *no hacer daño á nadie*, y *dar á cada uno lo suyo*. Pudiera alguno preguntar, por qué razon los jurisconsultos mencionan solamente estos tres preceptos, cuando les seria fácil enumerar muchos mas, como guardar los pactos, etc. Pero los jurisconsultos discurrieron mui bien. La justicia ó es atributriz ó espletriz. La atributriz comprende los deberes imperfectos que se derivan de la honestidad: de aquí el precepto del Derecho:

Vivir honestamente. La espletriz versa acerca de los deberes perfectos. Ó nos manda abstenernos de los vicios prohibidos por la lei, ó hacer lo que las leyes nos prescriben. El que se abtiene de los vicios probibidos por la lei, obedece al precepto, *No hacer daño á nadie*: el que hace lo que las leyes mandan, cumple con el precepto, *Dar á cada uno lo suyo*. Luego estos son verdaderamente los genuínos principios del Derecho en general, á que pueden referirse todas las doctrinas de la jurisprudencia, y de los cuales únicamente se deducen estas. Aquel, por ejemplo, que se abstiene de hurtos, rapiñas, daños, injurias, es justo, pues á nadie daña: el que cumple los contratos y guarda los pactos, es justo, porque da á cada uno lo que es suyo. El que obra en la república como buen ciudadano, procura servir á la patria, observar el culto divino, vivir con templanza y modestia, es justo, pues que vive honestamente; de suerte que tres preceptos contienen mas verdades de lo que vulgarmente se piensa (1).

§. XXIII. Síguese la otra division de la justicia, la cual segun el parecer de los doctores, ó es universal ó particular: y esta se subdivide en conmutativa y distributiva; pero ambas divisiones son inexactas. Examinemos las definiciones, siguiendo la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está sacada la division. Segun este filósofo, *Eth. I, la universal* es el ejercicio de todas las

(1) La misma doctrina de los tres preceptos del Derecho tomada del Derecho romano, está consignada en la *L.* 3. *tit.* 1. *Part.* 3, que dice así: « Segund departieron los sabios antiguos, justicia tanto « quiere decir, como cosa en que se encierran todos los derechos de « cual natura quier que sean. É los madamientos de la justicia é del « Derecho son tres: el primero es, que ome viva honestamente cuanto « en sí; el segundo, que non faga mal nin daño á otro; el tercero, que « dé su derecho á cada uno. É aquel que cumple estos mandamientos, « face lo que debe á Dios, é á sí mismo, é á los omes con quien vive, « é cumple é mantiene la justicia. »

virtudes para con los demas. Luego si uno es justo, y liberal, humano, y modesto, será un varon justo en cuanto á la justicia universal. *Particular* es la que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esternos no da á uno mas utilidad, ni causa á otro mas gravámenes que lo que es justo. Por ejemplo, si uno distribuyendo cargos, honores, premios, no se entrega á la avaricia, sino que da á cada uno lo suyo. dícese que ama la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva. *Conmutativa* es la que mira á la cosa, no á las cualidades de la persona, de suerte que observa una igualdad perfecta, como sucede en los contratos Por ejemplo, el panadero vende el pan al senador á igual precio que al zapatero; si obrase de otra manera, seria injusto. Al contrario, *distributiva* es la que mira á las cualidades de la persona, y observa una igualdad geométrica. Por ejemplo, el príncipe distrubuye los cargos y oficios en la sociedad: al uno hace consejero, al otro secretario, cónsul al tercero, al cuarto pretor, al quinto carnicero. Pero ¿será por ventura injusto, porque no ha observado igualdad, haciendo á uno consejero, siendo todos hombres, y todos ciudadanos? Al reves, seria injusto, si diera á todos los mismos empleos, pues en la distribucion de honores, premios y penas, no se debe mirar solo á la cosa, sino tambien á la calidad de la persona. Así como no de cualquier madera se hace una estatua, tampoco de cualquier hombre un consejero, un secretario, un cónsul ó un carnicero. Así discurren los doctores, siguiendo á Aristóteles; y se pregunta, si se deberá aprobar esta division. No solo decimos que fácilmente podemos pasar sin ella, pues que basta la primera sacada de las obras de Grocio, sino tambien que no es exacta Porque, 1° en las divisiones un miembro no debe contener al otro. ¿Qué absurdo no seria que dividiésemos al hombre en todo el hombre y su dedo auricular? Lo mismo puede decirse de esta division, segun la cual la justicia es ó universal, que comprende en sí todas las virtudes, ó particular, que versa sobre la que es contraria á la avaricia. 2° Es falso, como enseñó mui bien Hugo Grocio *De jur. B. et P. l.* 1. *c.* 1. §. 8, que la justicia distributiva se halle en los premios y penas, y la conmutativa en los contratos. Por ejemplo, el hurto se paga por Derecho romano con el duplo. Supongamos ahora que un ladron es tan diestro, que parece tener todo su ingenio puesto en los dedos, y otro tan estúpido, que tan solo descubrimos que tiene alma, porque no está muerto: ¿por ventura se castigará por eso á este con el triplo, cuádruplo ó quíntuplo? Finalmente supongamos que Pedro, siervo, tiene tres señores, Juan, Diego y Pelayo; que Juan tiene en él la mitad, y Diego, y Pelayo cada uno la cuarta parte. Pedro estipuló para sus señores ciento. ¿Acaso se distribuirá esta suma igualmente entre sus señores, porque proviene de un contrato la obligacion? No por cierto; Juan recibirá cincuenta, y los otros dos veinte y cinco cada uno, §. 3. *Inst. De stip. serv.* Tenemos pues ejemplo en que se observa una perfecta igualdad en distribuir: en los contratos solo se observa la geométrica. Luego mui bien podemos carecer de una division tan inexacta.

§. XXIV y XXV. Pasemos á la segunda parte de este título, que trata de la jurisprudencia. De esta daremos dos definiciones; una antigua que trae el §. 1. *Inst. h. t.* y la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*, y otra nueva hecha por nosotros, por ser aquella poco exacta. Defínela Ulpiano en dicha *lei* 10. §. 1. diciendo, que la jurisprudencia *es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto* (1). El conocimiento de las cosas divinas y huma-

(1) Á propósito de esta definicion, dice Barbadiño en la carta XXIII: « No quiero salir de la mas célebre, que es la de la jurisprudencia,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las no es mas que la filosofía que definen así todos los antiguos, y Ulpiano la toma como género. Mas por cuanto la filosofía trata de lo verdadero y de lo falso en la lógica, de lo bueno y malo en la filosofía moral, de lo útil en la política, de las cosas naturales en la física, cuyas ciencias no abraza la jurisprudencia, añade como diferencia específica *el conocimiento de lo justo y de lo injusto*; de suerte que el sentido viene á ser, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto. Así Ulpiano, pero con poco acierto, 1° porque es falso que la jurisprudencia sea ni filosofía ni alguna parte de ella; pues la filosofía solo deduce sus doctrinas de la recta razon, como único principio de conocerlas, y la jurisprudencia de la lei escrita, aún cuando no sean conocidas por la recta razon, Si, por ejemplo, enseña la jurisprudencia que se debe ahorcar al ladron, será justo,

la cual dió Ulpiano y repite Justiniano en las Instituciones: *jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano se contentase con decir, que es la ciencia de lo justo é injusto, se le podia perdonar: pero decir que comprende las cosas divinas y humanas, es querer que demos una carcajada. » Y no le ha faltado razon á Barbadiño para esplicarse así, porque si el objeto de una definicion es hacer formar idea clara de una cosa, está tan léjos de llenarlo la que nos da Justiniano de la justicia, que cualquiera al leerla, creerá que para ser jurisconsulto, se necesita ser al mismo tiempo teólogo, naturalista y en fin reunir todos los conocimientos que están dentro de la esfera del entendimiento humano; de donde resultaria no haber habido ni poder haber en adelante jurisconsulto alguno, á no ser que Dios, invirtiendo el órden de la naturaleza, nos autorizase para decir: *Ars brevis, vita longa.* Atengámonos pues á la definicion de nuestro Heineccio, mas modesta sí, pero mas clara y arreglada á los preceptos de la sana lógica, y digamos con él que por jurisprudencia debe entenderse, *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que pueden ocurrir.* V. Alvarez; Inst. del Der. real de Esp.

porque lo manda la lei, aunque no lo dicte la recta razon. 2° Esta definicion trae su orígen de la emulacion que antiguamente hubo entre los filósofos y los jurisconsultos, que se despreciaban unos á otros, segun es de ver por la *L.* 1. §. 1. *ff. De just. et jure*, la L. 8. §. 4. *De excus, tut.* y la *L.* 1. §. 5. *ff. De extr. cogn.* Los jurisconsultos juzgaban seguir la verdadera filosofía, porque procuraban hacer mejor á los hombres por medio de los premios y los castigos, *D. L.* 1. §. 1. *ff. De just. et jure.* Á cuyo dictámen se adhirió el filósofo Eufrátes, segun refiere Plinio en el *lib.* 1. *ep.* X. afirmando, *ser una parte de la filosofía, la mas escelente sin duda, tratar de los negocios públicos, conocer, juzgar, promover y ejercer la justicia, y practicar las mismas cosas que se enseñan*; cuyo oficio es el de los jurisconsultos. Y así esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos es la verdadera razon, por que Ulpiano definió la jurisprudencia dándole los atributos que los filósofos juzgaban propios de la filosofía. Pero una definicion producida por la rivalidad es la mayor parte de las vezes defectuosa y poco exacta.

§. XXVI. Así que daremos nosotros una definicion mas ajustada, diciendo, que la jurisprudencia es *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir.* El género en esta definicion es *hábito práctico*; porque no aprendemos las leyes por mera especulacion, sino para ponerlas en uso. El físico, por ejemplo, solamente investiga qué cosa sea el viento: en sabiéndolo, ha logrado su objeto, aunque jamas aprenda á producirlo. Pero el jurisconsulto no aprende lo que es contrato, restitucion *in integrum*, demanda, etc., para deleitarse con este conocimiento, sino para formar los contratos con cautela, y si es necesario, para pedir en el foro por sí ó por otros la restitucion *in integrum*, ó poder hacer una peticion, y presentarla en el

tribunal, si alguno se atreve á usurparle sus derechos, etc. Luego todas estas cosas son prácticas, y por tanto definimos la jurisprudencia *hábito práctico*.

§ XXVII. La diferencia específica que distingue la jurisprudencia de las demas ciencias prácticas, es la *interpretacion y aplicacion de las le es*; y por eso añadimos *de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir*. Por tanto el jurisconsulto primero sabe las leyes, despues las interpreta rectamente, y por último las aplica con acierto á los casos que todos los dias se ofrecen en la vida civil. Estos tres requisitos están de tal suerte enlazados, que el que los separe y desuna, no podrá llamarse jurisconsulto (1). En efecto el que sabe las leyes, pero no las interpreta rectamente, mas bien que jurisconsulto, deberá llamarse *leguleyo* El que las sabe y las interpreta, pero no las aplica, es *jurisperito*, mas no jurisconsulto. Y al que se entrega á la práctica y al foro, destituído de ciencia y de los medios para interpretar bien las leyes, llamamos *rábula*. Finalmente el que sabe las leyes, las interpreta bien, y las aplica debidamente á los casos que ocurren, es el que en realidad merece el nombre de jurisconsulto. Así pues en el párrafo siguiente hablaremos de la interpretacion del Derecho, y de su aplicacion en el párrafo 29.

§ XXVIII. Interpretar es saber el espíritu y fuerza de las leyes, mas bien que atenerse á lo literal de ellas (2), *L.* 17. *ff. De legibus*. La interpretacion pues ó la hace el legislador, y entónces se llama *auténtica*; ó el juez, y se

(1) « Entorbadores é embargadores de los pleitos son los « que se « facen abogados, non seyendo sabidores de Derecho, nin de fuero, ó « de costumbres que deben ser guardadas en juício.» *L.* 13. *tit.* 6. *Part.* 3.

(2) « Entender se deben las leyes bien, é derechamente, tomando « siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte é mas

llama *usual*; ó el jurisconsulto, y se dice *doctrinal*. *Auténtica* es, cuando la lei es tan oscura que es preciso consultar al legislador para saber qué sentido le quiso dar (1). De esta interpretacion trata la *L.* 11. *ff. De leg.* Por ejemplo, dispone la lei que solo el dueño pueda perseguir la cosa hurtada, *L.* 1. *ff. De conditione furtiva*; pero habia ya perecido parte de lo que se habia hurtado, y el juez dudaba, si en este caso tenia lugar el rigor de la lei, y así se consultó al emperador Alejandro, quien por la *L.* 1. *C. De his quæ vi metusque causâ*, mandó que se pudiera perseguir la cosa hurtada, aún cuando hubiese perecido.

Usual es, cuando el juez interpreta las leyes por las causas juzgadas ántes (2); de cuya interpretacion se trata

« provechosa, segund las palabras que y fueren puestas. É por esta « razon no se deben escribir por abreviaduras, mas por palabras « cumplidas; é por ende dijeron los sabios que el saber de las « leyes, non es tan solamente en aprender é decorar las letras « dellas, mas el verdadero entendimiento dellas. *L.* 13. *tit.* 1. « *Part.* 1.

(1) « Y mandamos que cuando quier que alguna duda ocurriese en « la interpretacion y declaracion de las dichas leyes, de ordena- « mientos y pragmáticas y fueros, ó de las Partidas, que en tal caso « recurran á nos y á los reyes que nos vinieren, para la interpreta- « cion dellas, porque nos, vistas las dichas dudas, declararemos y « interpretaremos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios « nuestro Señor, y al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la « buena administracion de nuestra justicia.» *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Rec.*

En la actualidad esta facultad la tienen las cortes con el rei en quienes reside el poder legislativo. Algunos jurisconsultos niegan la existencia de la interpretacion auténtica, puesto que toda aclaracion hecha por el poder legislativo debe ser considerada como una nueva lei.

(2) « Optima lex, quæ minimum relinquit arbitrio judicis, optimus udex qui minimum sibi. » La mejor lei es la que ménos deja al

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en la *L.* 12. *ff. De legibus.* De aquí es que se consultan muchas vezes las decisiones antiguas, y se saca de ellas la interpretacion, siempre que en la curia se suscita alguna duda sobre el modo de interpretar tal ó cual lei; y esta interpretacion se llama usual, porque se toma del uso ó de la práctica pasada.

Llámase finalmente *doctrinal*, cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la lei (1) segun las reglas de la recta interpretacion, de que habla la *L.* 13. *ff. De LL.* Á esta interpretacion pertenecen todos los comentarios á las

arbitrio del juez; y el mejor juez, el que ménos deja al suyo propio. *Bacon. Legum, Leges aphor.* 46.

Por el Reglamento provisional para la administracion de justicia se prohibe á los jueces y justicias la interpretacion de las leyes, mandándoles consulten al Gobierno en los casos dudosos.

(1) Esto es indispensable, por cuanto la lei no puede prevenir la infinita variedad de casos que en la práctica pueden presentarse, ni dar disposiciones para cada uno de ellos: lo mismo que en las matemáticas tampoco se esplica y resuelve cada uno de los inumerables problemas que pueden proponerse, sino que tansolo se sientan ciertos principios y teoremas que basten para guiar al matemático en sus cálculos y operaciones. Ninguna lei puede hacer que no haya que pesar las circunstancias de las personas, tiempos y lugares en cada caso que ocurra. Por consiguiente la interpretacion hecha por los jurisconsultos es del todo necesaria, no solo para suplir los vacíos de la lei; mas tambien para ayudar á la lei misma: *Lex interpretatione juvanda, L.* 64. *ff. De condit. et dem.*

El jurisconsulto debe tener presentes las reglas siguientes para la interpretacion de las leyes: 1ª No eludir el tenor literal de la lei so pretesto de penetrar su espíritu. 2ª La equidad judicial, que consiste en la lei natural, cuando no existe una positiva, ó en la parte en que esta es oscurra ó insuficiente. 3ª Atender al espíritu del legislador; que deducirá de las creencias y opiniones de la época en que se dictó la lei, de los motivos incluídos en su preámbulo y de las demas leyes contemporáneas. 4ª Ampliar todo lo que haya considerado favorable el legislador y restringir todo lo odioso. 5ª Estender la lei de un caso á otro igual. 6ª No ampliar las leyes perniciosas sino de lo mas á lo ménos. 7ª Ampliar las leyes prohibitivas de lo ménos á lo mas.

leyes y los escritos de los jurisconsultos, los cuales tienen alguna autoridad, cuando observan las reglas de la buena interpretacion, pues valen tanto cuanto valen las razones alegadas en ellos. La *doctrinal* es de tres maneras, *estensiva, restrictiva*, y *declarativa. Estensiva* es, cuando se estiende mas la razon de la lei que sus palabras, y por lo mismo la interpretacion comprende casos que no están espresados en la lei. Por ejemplo, si prohibiera el príncipe, bajo la pena de confiscacion de bienes, que nadie estrajese trigo de su reino, y un comerciante movido del interes, esportase el trigo en harinas, incurrirá en la pena, aún cuando la lei no mencione las harinas; porque siendo el objeto del legislador que no se vea el reino afligido por la carestía del trigo, sufriria lo mismo estraído este, que estraída la harina. Al contrario *restrictiva* es, cuando las palabras de la lei se estienden mas que la razon que la motivó, y así por la interpretacion se escluye el caso comprendido en el testo literal, por no ser el objeto del legislador. Por ejemplo, en Bolonia habia una lei, segun refiere Ever. *Topic. legat. lib. II. tit.* 8, que condenaba á muerte á todo el que derramase sangre en la plaza pública. Habiendo sido atacado uno de hemiplejía en la plaza pública, le sangró allí mismo un barbero; ¿incurrio este en la pena? No por cierto, aún cuando estuviese comprendido en las palabras generales de la lei. Porque la razon de esta era la seguridad pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena. Finalmente es *declarativa*, cuando las palabras de la lei indican lo mismo que se propuso el legislador al dictarla, y así solo se necesita esplicar las palabras para entenderla bien. Hai una que dice: téngase por lei lo que disponga el padre de familias acerca de sus bienes ó la tutela de sus hijos. Aquí se entenderá toda la lei con esplicar quién es padre de familias, y qué se entiende por bienes y por hijos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. XXIX. Á la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, *lib.* 1. *De orat. c.* 18. en qué consiste. Se dice que aplica el Derecho, ó segun la frase de hoi, está versado en la práctica, aquel que está instruído en el Derecho lo suficiente, 1° para *responder*, cuyo encargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que los consultan sobre varios casos: 2° para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros: 3° para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto: 4° nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los jueces, quienes oído el derecho de las partes y probados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es jurisconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

§. XXX y XXXI. Á la definicion de la jurisprudencia siguen algunas divisiones; de las cuales es la primera que el Derecho es *ó público ó privado*, cuya divison se toma, no del fin, sino del objeto. Por razon del fin toda la jurisprudencia es pública, porque está dispuesta para la pública utilidad. De aquí es que muchas vezes se llama Derecho público al privado, como en la *L.* 38. *ff. De pactis*, *L.* 8. *ff. De tutel. L.* 29. *ff. De testam. tut.*, *L.* 9. *ff De his, qui sui vel alieni juris sunt*; donde atendiendo al fin y al orígen, se dice que la tutela es del Derecho público, cuando por razon del objeto no pertenece á este, *L.* 6. §. 1. *ff. De excusat.* Pero como he dicho, se divide mui bien respecto al objeto en público y privado, pues uno es el Derecho

que versa acerca de los negocios públicos, por ejemplo, acerca de los derechos de los que mandan, acerca de la guerra, la paz, las embajadas, las confederaciones; y otro el que trata de los negocios privados, á saber, de lo mio y tuyo, por ejemplo, de los contratos, pactos, testamentos, legados. Con lo cual entenderemos fácilmente las definiciones de uno y otro Derecho; á saber, el Derecho público es el que dispone del estado y derechos de la cosas públicas, esto es, el que enseña cuáles sean los derechos de los imperantes, cuáles los de los súbditos, y las relaciones entre unos y otros, etc.; de donde resultan tantos Derechos públicos cuantas repúblicas hai. Al contrario, privado es el que tiene por fin la utilidad de cada uno de los individuos de la sociedad, esto es, lo mio y tuyo, ó el patrimonio particular de cada uno (1). De aquí es que si, por ejemplo, pido por la accion de hurto la restitucion del duplo ó cuádruplo, esta accion es del Derecho privado, porque pertenece al patrimonio de los particulares. Al contrario, si el fiscal acusa al ladron para que se le ahorque, esta acusacion será de Derecho público; porque no se trata en ella de lo mio y tuyo, sino de la seguridad de la república, á la cual interesa sobremanera quitar de en medio á los ladrones.

§. XXXII. La otra division del Derecho es en natural, de las gentes y civil, de los cuales se habla de propósito en el título siguiente.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

§. XXXIII. La rúbrica del titulo nos está diciendo que

(1) Y por eso se llama tambien con propriedad Derecho civil. — « El « Derecho privado, dice Bacon, está bajo la tutela del Derecho público, « pues este viene á ser como un guarda ó defensor que cuida de que « aquel no sea violado. »

§. XXIX. Á la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, *lib.* 1. *De orat. c.* 18. en qué consiste. Se dice que aplica el Derecho, ó segun la frase de hoi, está versado en la práctica, aquel que está instruído en el Derecho lo suficiente, 1° para *responder*, cuyo encargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que los consultan sobre varios casos: 2° para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros: 3° para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto: 4° nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los jueces, quienes oído el derecho de las partes y probados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es jurisconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

§. XXX y XXXI. Á la definicion de la jurisprudencia siguen algunas divisiones; de las cuales es la primera que el Derecho es *ó público ó privado*, cuya divison se toma, no del fin, sino del objeto. Por razon del fin toda la jurisprudencia es pública, porque está dispuesta para la pública utilidad. De aquí es que muchas vezes se llama Derecho público al privado, como en la *L.* 38. *ff. De pactis*, *L.* 8. *ff. De tutel. L.* 29. *ff. De testam. tut.*, *L.* 9. *ff De his, qui sui vel alieni juris sunt*; donde atendiendo al fin y al orígen, se dice que la tutela es del Derecho público, cuando por razon del objeto no pertenece á este, *L.* 6. §. 1. *ff. De excusat.* Pero como he dicho, se divide mui bien respecto al objeto en público y privado, pues uno es el Derecho

que versa acerca de los negocios públicos, por ejemplo, acerca de los derechos de los que mandan, acerca de la guerra, la paz, las embajadas, las confederaciones; y otro el que trata de los negocios privados, á saber, de lo mio y tuyo, por ejemplo, de los contratos, pactos, testamentos, legados. Con lo cual entenderemos fácilmente las definiciones de uno y otro Derecho; á saber, el Derecho público es el que dispone del estado y derechos de la cosas públicas, esto es, el que enseña cuáles sean los derechos de los imperantes, cuáles los de los súbditos, y las relaciones entre unos y otros, etc.; de donde resultan tantos Derechos públicos cuantas repúblicas hai. Al contrario, privado es el que tiene por fin la utilidad de cada uno de los individuos de la sociedad, esto es, lo mio y tuyo, ó el patrimonio particular de cada uno (1). De aquí es que si, por ejemplo, pido por la accion de hurto la restitucion del duplo ó cuádruplo, esta accion es del Derecho privado, porque pertenece al patrimonio de los particulares. Al contrario, si el fiscal acusa al ladron para que se le ahorque, esta acusacion será de Derecho público; porque no se trata en ella de lo mio y tuyo, sino de la seguridad de la república, á la cual interesa sobremanera quitar de en medio á los ladrones.

§. XXXII. La otra division del Derecho es en natural, de las gentes y civil, de los cuales se habla de propósito en el título siguiente.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

§. XXXIII. La rúbrica del titulo nos está diciendo que

(1) Y por eso se llama tambien con propriedad Derecho civil. — « El « Derecho privado, dice Bacon, está bajo la tutela del Derecho público, « pues este viene á ser como un guarda ó defensor que cuida de que « aquel no sea violado. »

tiene tres partes. Pues se trata 1° del Derecho natural, §. 33-36, 2° del Derecho de gentes, §. 37-42, 3° y del civil, §. 43-74. Se trata de varias divisiones del Derecho, que esplicaremos tomando la cosa de bien atrás.

Se observa que la palabra *derecho* se entiende de varios modos en la *L.* 11 y 12. *ff. De just. et jur.* En este título entendemos por Derecho *la reunion de todas las leyes de un mismo género.* Luego segun son las leyes que se reunen en un cuerpo ó sistema, así es el Derecho, y el nombre que recibe. Por ejemplo, si junto en un cuerpo todas las leyes eclesiásticas, tengo el Derecho eclesiástico; si las feudales, tengo el Derecho feudal; si las marítimas, el Derecho marítimo; y si las civiles, el Derecho civil.

§. XXXIV. De aquí se deriva la primera division del Derecho, que es en *divino* y *humano*. Divino es el que comprende todas las leyes dadas por el mismo Dios; humano las dadas por los hombres. Habiendo sentado poco há (§. 33.) que tal es el derecho cuales son las leyes, se sigue necesariamente que de las leyes divinas nace el Derecho divino, y de las humanas el humano. Esto es mui fácil de entender.

§. XXXV. El divino se subdivide en *natural* y *positivo*. Dios es el supremo legislador; y el legislador no solo hace las leyes, sino que las promulga; porque no puede obligar ninguna lei ántes de promulgarse. Por esto es ridículo lo que en el c. 41. refiere Suetonio de C. Calígula, que espuso una lei con letras mui pequeñas y en un sitio estrechísimo, para que nadie pudiera enterarse de ella ni copiarla, como si obligase la lei que no es conocida de los súbditos por la promulgacion. Así Dios, como legislador supremo, promulga sus leyes, para que las puedan conocer los hombres; y esto por medio de la *razon*, de suerte que entrando un hombre dentro de sí mismo, pueda conocer inmediatamente lo que es justo; ó por la *revelacion*, esto es, la sagrada Escritura (1), de manera que los que la lean, entiendan su voluntad. Por esto el derecho que se conoce por la razon, se llama natural, y el que por sola la revelacion de la sagrada Escritura (2), positivo. Por ejemplo, la recta razon enseña que los homicidios son ilícitos; luego esto es del Derecho natural. Mas no enseña la razon que se debe guardar el sábado, que los cristianos se deben bautizar, etc.; luego estas cosas son del Derecho divino positivo.

§. XXXVI y XXXVII. Vamos ahora á ver 1° cuál es la definicion que en el Derecho romano se da del Derecho natural y del de gentes, §. 36-39. 2° Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40 y 41. El Derecho natural, en sentir de Ulpiano. *L. I.* §. 3. *ff. De just. et jur.* y de Justiniano *pr. Inst. h. t.*, es *el que la naturaleza enseñó á todos los animales* (3), y Derecho de gentes *el que es comun á solos los hombres entre sí* (4). Pero contra estas definiciones hai mucho que objetar. Porque 1° los animales brutos están destituídos de razon; y los que carecen de razon, no pueden ser obli-

(1) Es dogma católico que la *divina revelacion* se contiene en la sagrada Escritura; pero no en sola la sagrada Escritura, sino tambien en las divinas tradiciones con arreglo al decreto del Concilio tridentino, *sesion* 4.

(2) Y la tradicion. Véase el citado decreto del Conc. tridentino.

(3) Derecho natural tanto quiere decir, segun la *L.* 2. *tit.* 1. *Part.* 1, « como derecho natural que han en sí los omes, naturalmente, é « aún las otras animalias« que han sentido. »

Esta definicion la tomó el rei Don Alonso de los romanos, y estos de los estóicos, que definieron así el Derecho natural, no porque creyeran á los brutos dotados de razon, sino porque les concedian la facultad de vivir segun la naturaleza y sus leyes.

(4) La misma *L.* 2. *tit.* 1 *Part.* 1. lo llama tambien « derecho comu« nal de todas las gentes, el cual conviene á los omes é non á las « otras animalias. »

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

gados con leyes. ¿Quién prescribiria leyes á un árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un macho de cabrío para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapazes de Derecho, y por tanto es falso que la naturaleza ha enseñado el Derecho natural á todos los animales.

2.º No se pueden dar ejemplos de este derecho comun á los animales con el hombre. En el *princ. Inst. h. t.* se citan como tales la union del macho y la hembra, y la crianza de los hijos. Pero aunque confesemos que los brutos se juntan, procrean el feto, y crian sus hijuelos, no hacen esto por obligacion del Derecho, sino por impulso de la naturaleza, sin saber lo que hacen.

¿Cómo pues incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los estoicos, á quienes siguieron los jurisconsultos, concedian racionalidad á los brutos. Pero ni los estoicos hicieron semejante cosa, como nos lo enseña el libro de Plutarco intitulado *De solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L.* 1. § 3. *ff. Si quadr. paup. fec.* dicen que los brutos carecen de entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estoicos y de los jurisconsultos, fué como sigue: vivir segun el Derecho natural, es vivir segun la naturaleza; la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre ó propia del hombre: vivir segun aquella es vivir segun el Derecho de la naturaleza; vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del Derecho de gentes. Y de aquí nacen las dos definiciones que hemos dado: por ejemplo, defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres; luego es del Derecho natural. Pero guardar los pactos es propio de la naturaleza humana, porque los brutos no pactan; luego es del Derecho de gentes.

Por la *L.* 1. §. 3. 4. *ff. De just. et jure* se ve claramente que esta fué la verdadera opinion de los jurisconsultos antiguos. Pero si supieron los antiguos que no cabia obligacion en los brutos, y que por lo mismo no se les podia suponer derecho, ¿por qué les concedieron sin embargo derecho natural? Oigamos á Cujacio dar una respuesta elegante á esta objecion en la *Not.* 1. *ad pr. Inst. h. t. Los brutos*, dice, *no son capazes de derecho, porque tampoco lo son de recibir injuria; y no teniendo razon, no pueden tener derecho. Pero si lo que los brutos hacen por incitacion natural, es hecho por los hombres, estos lo hacen por derecho natural.* Luego segun la opinion de los estoicos y jurisconsultos, si, por ejemplo, los brutos se defienden por impulso natural, lo hacen sin razon ni consejo. Si los hombres hacen esto mismo con consejo y razon, entónces se dice de ellos que obran segun el Derecho natural.

§. XXXVIII y XXXIX. De dos modos era para los antiguos el Derecho de gentes, primario y secundario (1). *Primario es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igualmente por todos*, §. 5. *Inst. h. t. Secundario* es el *que se ha introducido por exigirlo el uso y necesidades humanas*, §. 1. *Inst. eod.* (2).

(1) Esta subdivison del Derecho de gentes no se halla espresa en ninguna lei española; de manera que nosotros no reconocemos diferencia ninguna entre el Derecho natural y el de gentes primario. Véase la *Ilust. del Derecho esp. de Sala lib.* 1. *tit.* 1. §. 4.

Este es el que podemos llamar verdadero Derecho natural, el cual es comun á todos los hombres, eterno é invariable, porque está inherente á su misma naturaleza, y consiste en la reunion de cualidades que constituyen la personalidad humana.

(2) A este Derecho, por dimanar de la razon natural, se da tambien á vezes el nombre de natural; por ejemplo, en la *L.* 31. *tit.* 18. *Part.* 1, que empieza: « Contra Derecho natural non debe dar privilegio nin « carta, emperador nin rei, nin otro señor.»

Aquí se considera el Derecho de gentes, ó de la especie humana, como un derecho privado, y por lo mismo en un sentido mui diferente

Luego se diferencian estos derechos 1° por razon del orígen : el primario proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor : el secundario, lo introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos; mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del Derecho de gentes primario, y la segunda del secundario. 2° Se diferencian por la materia. El derecho primario es absoluto, porque obliga absolutamente al hombre como hombre : por ejemplo, la religion para con Dios, la santidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético: no existiria, si no supusiéramos ciertas necesidades ó cierto estado de cosas. Así por ejemplo, el hurto no estaria prohibido, si no supusiéramos introducido el dominio de las cosas; la guerra no seria de derecho, si no diéramos por supuesto un estado en que los hombres no reconocen el fallo de los jueces.

§. XL. Hasta aquí hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del Derecho de la *naturaleza* y *de las gentes;* pero ¿no se podrán definir mas exactamente ambos derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modernos cultivaron con mas esmero el Derecho de la naturaleza, advirtieron que su definicion no debia tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este derecho por la recta razon, se definirá mui bien diciendo, que es *un derecho promulgado por el mismo Dios al género humano por medio de la recta razon.* Casi del mismo modo formó el Apóstol idea del Derecho de la

de aquella parte del Derecho público, que conocemos en la actualidad con el nombre de Derecho de gentes ó internacional

naturaleza, cuando lo llamó lei escrita hasta en el corazon de los gentiles, *Rom. c. 2. v.* 15. Y se dice que este derecho está escrito en el corazon de todos, en el sentido de que lo conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultalla. Por esta definicion vemos igualmente, 1° que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio *De jur. B. et P.* §. 11. *proleg.* que habria algun Derecho de la naturaleza, aún cuando dijésemos lo que no se puede decir sin gran impiedad, que no hai Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon, porque Derecho es la union de todas las leyes de un mismo genero (§. 33.); luego donde no hai ninguna lei, no hai ningun Derecho : y ninguna lei seguramente puede haber, donde no hai ningun legislador, donde no hai Dios : luego no existiendo Dios, no existe el Derecho de la naturaleza. Es verdad que podria el ateo, aunque negase la existencia de Dios, vivir segun los preceptos del Derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entónces no lo haria por obediencia al Derecho, sino por su propia utilidad, porque veria que de otro modo no podria vivir en sociedad. Por esta definicion vemos tambien 2° que el Derecho de la naturaleza es inmutable, §. 11. *Inst. h. t.* puesto que lo es la voluntad de Dios, de donde nace, y la razon, por cuyo medio se promulga. Si se mudase el Derecho de la naturaleza, ó Dios dejaria de ser Dios, ó el Derecho de la naturaleza conforme, ántes de la mudanza, con la razon, seria contrario á esta despues de la mudanza, lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el Derecho de la naturaleza. Pero en la *L.* 6. *pr. ff. De just. et jure* ¿no se dice que se muda por el Derecho civil? No por cierto; porque 1° se distingue entre el Derecho natural *permisivo* y el *preceptivo.* El género humano puede renunciar el *permisivo,*

como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo*. Y de aquel habla principalmente la *L.* 6. *pr.* Por ejemplo, hai una lei preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna lei civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendria lugar el dicho de los apóstoles, *Act. c.* 5. *v.* 29.: *ántes se debe obedecer á Dios que á los hombres.* 2º Deberáse distinguir entre mudar el derecho, y atemperarlo al estado de la república. No puede hacerse lo primero; pero sí puede hacer lo segundo cualquier legislador, porque deja intacto el Derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del Derecho natural. El Derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta estipulacion. Luego no muda la regla, sino que añade la circunstancia que parecia exigir el estado de la república. Y de esta atemperacion del Derecho natural al estado civil es de la que habla *d. L.* 6. *pr. De just. et jure.*

§. XLI. Hemos definido el Derecho natural: ¿cómo definiremos el de gentes? Diciendo que es *el mismo Derecho natural aplicado á los negocios y causas de todas las naciones.* Luego el Derecho natural y de gentes no son dos derechos diversos, como creyeron los antiguos jurisconsultos escolásticos, y el mismo Grocio; sino uno y mismo derecho, llamado ya Derecho natural, ya de gentes, segun el objeto á que se aplica. Si concierne á los negocios y causas de los particulares, se llama Derecho natural; y Derecho de gentes, si á los de las naciones: v. gr. el guardarse los pactos es una lei del Derecho natural. Si suponemos que Pedro prometió á Juan cien escudos, y no se los dió, diremos que Pedro violó el derecho de la naturaleza, porque ambos á dos son particulares; mas si suponemos una confederacion entre la España y la Francia,

y que cualquier de ellas no cumplió con las condiciones de la confederacion, diremos que quebrantó el Derecho de gentes: y con todo eso un mismo Derecho es el que manda cumplir ambos pactos. Algunos objetan sin embargo que las cosas que son del Derecho de gentes secundario, no pueden derivarse del Derecho natural, v. gr. las guerras, la esclavitud, etc.; y que por tanto se da un Derecho de gentes diverso del Derecho natural. Debe verse á Samuel Rachelio en su *Diss. singul. De jure gentium,* y á B. Hubero en las *Digress. lib.* 5. *c.* 9. Pero ya demostró Pufendorf que todas aquellas cosas que solian referirse al Derecho de gentes secundario, ó eran verdaderamente del Derecho natural, como la guerra, ó solamente se derivaban de las costumbres de las naciones, y por lo mismo eran mas del Derecho civil que del de gentes, v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura, etc. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido, que no hai Derecho de gentes diverso del Derecho natural.

§. XLII. Volvamos á la division anterior. El Derecho era ó divino ó humano: el divino se dividia en natural y positivo. Hasta aquí hemos tratado del natural, síguese ya el positivo. El Derecho divino positivo es *aquel que promulgado por las sagradas Escrituras* (1) *no se conoce por sola la recta razon.* Luego se diferencia muchísimo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues 1º el natural está promulgado por la razon, y el positivo por las sagradas Escrituras (2). 2º Aquel es de perpetua necesidad, y así está unido con la recta razon, para que con ella sola lo conozcan aún los mismos gentiles. Pero este último no es de perpetua necesidad, sino que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraria el

(1) Y las *tradiciones.* V. el lug. cit. del Conc. trid.
(2) Ó por la *tradicion.* V. el lugar citado del Conc. trid.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN CENTRAL DE BIBLIOTECAS

hombre que tal cosa es justa, á no enseñárselo las sagradas Escrituras (1); v. gr. los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros, eran leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podria dictar á los judíos que era ilícito comer puerco ó liebre, á no habérselo revelado la Escritura. Este Derecho divino positivo se divide en *universal* y *particular*. Llaman *universal* al que es comun á todo el género humano, v. gr., leyes del *Génes. v.* 9. *c.* 6. *Levit. c.* 18. *v.* 20. *Particular* al que es propio de la nacion judaica, v. gr. las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceremoniales y forenses. Hai algunos que ponen objeciones á este derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar debe tratarse de esta controversia, que no está al alcance de los principiantes.

§. XLIII. Pasemos al Derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este título. Dícese que el Derecho civil es *el que cada pueblo establece para sí mismo, y es propio de cada ciudad, L.* 9. *ff. De just. et jure* (2). Así que se diferencia del Derecho natural y de gentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sino que es comun á todo el género humano. Efectivamente cada nacion de por sí manda ó prohibe muchas cosas, que ni son torpes ni honestas; pero que empiezan á ser justas, porque lo exige la utilidad de la república. Por ejemplo, el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el Derecho civil de muchas naciones, miéntras que otras

(1) Ó la tradicion. Por esta conocemos igualmente la voluntad de Dios. Ibid.

(2) La palabra *pueblo*, debe considerarse aquí como sinónima de *nacion*: en este sentido en España únicamente las cortes con el rei pueden dictar leyes.

lo permiten. Así el servir en la milicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo la lei romana mandaba á todos los ingenuos militar por cierto número de años. Luego todas las leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas son de Derecho civil. De aquí se deduce, 1° que el Derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porque tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. 2° Que hai tantos Derechos civiles como ciudades ó repúblicas. No obstante, 3° por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al Derecho romano por su grande equidad, este Derecho se llama por escelencia *Derecho civil*, y tambien *Derecho comun*. Y así cuando hablamos del Derecho civil ó comun, la mayor parte de la vezes nos referimos al Derecho romano.

§. XLIV. Este Derecho civil se divide en escrito y no escrito (1). Pero ante todas cosas debe notarse, que aquí no se toma gramaticalmente la palabra *escribir* por estender en el papel los pensamientos, pues hai Derecho escrito, que nunca se ha reducido á letras, y lo hai no escrito, que está consignado en escritura; v. gr. las costumbres feudales que se hallan en el Cuerpo del Derecho. Pues ¿qué entienden los jurisconsultos por *escribir*, si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar*; Derecho *escrito* quiere decir *promulgado*; Derecho *no escrito*, *no promulgado*, cuya significacion no fué desconocida de los griegos. Luego de cualquier modo que el Derecho se haya promulgado espresamente, bien sea por medio de la escritura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama Derecho escrito ó reducido á escritura. Así es, por ejemplo, que los lacedemonios usaron de

(1) Véase la *L.* 4. *tit.* 1. *Part.* 1 y la *L.* 4. *tit.* 2. *Part.* 1

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Derecho escrito, aunque jamas se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el Derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, háyase ó no reducido á escrito, se llamará Derecho no escrito, como las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 10. *Inst. h. t.* derivó con poca exactitud esta division del Derecho de las costumbres de los lacedemonios y atenienses, como si aquellos hubieran usado del Derecho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regian por Derecho escrito, puesto que Licurgo, igualmente que Solon, habia promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el Derecho no escrito en el sentido gramatical; en cuya suposicion no cabe duda que los atenienses usaron del Derecho escrito, y los lacedemonios del no escrito. Mas en'ónces será falso que esta division traiga su orígen de aquellas ciudades.

§. XLV. Seis son las especies del Derecho escrito (1): 1° lei, de la cual se trata en el §. 46.; 2° plebiscito, §. 47.; 3° senadoconsulto, §. 48-50.; 4° decretos de los príncipes ó constituciones, §. 51-63.; 5° edictos de los magistrados, §. 64-66., y finalmente 6° las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este órden se enumeran en el §. 3. *Inst. h. t.* las especies del Derecho escrito. Pero puede nacer alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es Derecho escrito

(1) En España no hai mas que una, que es la lei, entendiéndose por tal la declaracion solemne del poder legislativo, que tiene por objeto el régimen interior de la nacion y el interes comun. Como hemos dicho en otra ocasion, el poder legislativo reside en las Cortes con el rei. Puede tambien la autoridad real espedir los decretos, reglamentos é instrucciones, que sean conducentes para la ejecucion de las leyes, ó arreglen los demas objetos que la Constitucion encomienda á la potestad real.

el originado de las respuestas de los prudentes; por el contrario la *L.* 2. §. 5. y 12. *ff. De origine juris* dice *que no está escrito; y que solo consiste en la interpretacion de los jurisconsultos*. Pero esto se salva distinguiendo los tiempos. Al principio es verdad que las respuestas de los jurisconsultos fueron un Derecho no escrito, puesto que jamas se publicaron como leyes, sino que fueron tácitamente adquiriendo fuerza de lei en el foro. Mas desde que Justiniano las incluyó en el Digesto, y mandó que se observaran por todos como leyes, empezaron á ser Derecho escrito, como solemnemente promulgado. Volvamos á cada una de las especies del Derecho escrito.

§. XLVI. La primera de ellas es la *lei*. No se toma en este lugar la palabra lei en el sentido moderno, en el que se llama así todo precepto de los supremos imperantes; sino en el sentido romano. Por lo cual esplicaremos el modo de hacerse las leyes en Roma. En primer lugar 1° se escribia la lei por el cónsul, pretor, dictador ó cualquier otro magistrado, y se comunicaba al senado. 2° Si agradaba á este, se hacia un senadoconsulto para dar la lei. 3° Despues se promulgaba, es decir, se esponia públicamente por tres ferias, esto es, veinte y siete dias, para que todos los ciudadanos la pudieran leer y examinar. 4° En seguida se convocaban los comicios, á los cuales asistian todos los ciudadanos. 5° Hechos los sacrificios, se presentaba el magistrado senatorio, y proponia la lei con esta fórmula: *¿queréis mandar, ciudadanos, que se reciba esta lei?* 6° Despues se distribuian á cada uno dos tablas, una con la letra A (*apruebo las leyes antiguas*), y otra con las letras V. R. (*como lo pides*). Despues 7° iban separadamente los ciudadanos por curias (1) ó centurias, y echaban en una

(1) La ciudad de Roma fué dividida al principio por Rómulo en tres tribus, y cada una en diez cuarteles ó curias, con sus ejercicios de religion y jefes oportunos, al modo que hoi están nuestros pueblos

cestilla una de las dos tablas. Por consiguiente era vó lido lo que querian los ciudadanos, aprobando la lei ó dese chau-

divididos en parroquias; y el sacerdote ó el que cuidaba de los sacrificios de cada curia, se llamaba curion *à sacris curandis*. En los primeros años de la fundacion de Roma se juntaba el pueblo romano por curias, porque aún no estaba dividido en centurias, sino solamente en tres tribus; y de este modo se elegian los reyes y los magistrados, y se establecian las leyes y las ordenanzas. En estas mismas reuniones de las curias se administraba justicia, tomando los votos del pueblo; pero mas tarde solo se juntaron para elegir los flámines ó sacerdotes de Júpiter, de Marte y de Rómulo; y el gran curion y cada curia elegia por su curion ó sacerdote á aquel que le agradaba. Las juntas mas antiguas del pueblo romano, y aún las únicas que tuvo en mucho tiempo, se llamaban en latin *comitia curiata*, juntas del pueblo romano por curias ó cuarteles, porque solo asistian á ellas los habitantes de Roma. Estas se tenian en un lugar llamado *Comitium*, y las presidian al principio los reyes, y despues los magistrados mayores; y cuando era para eligir flámines á curion máximo, las presidia el pontífice.

TRIBUS.

Luego que Rómulo fundó su ciudad, mandó numerar los ciudadanos, que solo eran mil de á pié y trescientos de caballeria, dividiéndolos en tres tribus iguales. El robo de las sabinas, que fué á los tres meses de su establecimiento, y las victorias primeras que consiguió contra los ceninianos, atemnatas y cruztinianos, aumentaron insensiblemente su número, de modo que ántes de concluir Rómulo su reinado, se contaban en Roma cuarenta y siete mil hombres, todos soldados de igual espíritu y valor. Considerando Tarquino Prisco, quinto rei de Roma, el mucho aumento á que habia llegado la ciudad y pueblo romano, añadió tres tribus á las que Rómulo habia establecido, cuyo número fué creciendo de tal modo, que en el año 512 de Roma se contaban ya treinta y cinco, y las unas se llamaban en latin *urbanæ*, esto es, de la ciudad, y las otras *rusticæ*, del campo: de modo que los que habitaban en Roma, componian las tribus urbanas, y los que vivian en la campaña, las rústicas; pero las tribus urbanas que fueron al principio las mas distinguidas, se vieron en adelante las mas despreciadas; porque siendo censor Apio Claudio en el año 446 de la fundacion de Roma, y queriendo poner al pueblo de su partido, introdujo en ellas á los mas ínfimos de la plebe de la ciudad; de donde retirándose las mas antiguas y considerables familias, quisieron mejor entrar ó alistarse en las tribus rústicas ó del campo, en donde poseian sus bienes. Esto fué causa de que la voz *tribu* no indicara en

dola. 8° Por último contadas las tablas, si se hallaba mayor número con letra A, se tenia la lei por desechada;

adelante la residencia de los que la componian, sino la parte de pueblo á que pertenecian, y solo quedaron cuatro urbanas ó de la ciudad, que se llamaban en latin, *suburbana*, *esquilina*, *colina* y *palatina*, de los cuatro cuarteles de la ciudad. Las otras treinta y una tribus eran rústicas, y tomaban el nombre de algun lugar ó de alguna familia ilustre. Estas tribus se juntaban de ordinario en el campo de Marte ó en la plaza de Roma, para elegir los magistrados de segundo órden, como tribunos del pueblo, ediles, triunviros, procónsules, etc., para establecer las leyes que llamaban *plebiscita*, y para otros asuntos semejantes. Estas juntas se llamaban en latin *comitia tributa*, por tribus, y eran diferentes de las que celebraba el pueblo por curias, llamadas *comitia curiata*, porque estas se componian solo de habitantes naturales de la ciudad de Roma, y las otras que podian convocar los tribunos, comprendian, ademas de los habitantes de Roma, á todos los de las ciudades de Italia que estaban agregados á ella, y que habian obtenido el derecho de ciudadanos romanos.

Las asambleas del pueblo por centurias, en latin *comitia centuriata*, eran las mas solemnes, y solo podian convocarlas los cónsules, los pretores, los censores, los dictadores, y los decenviros, y habia de preceder decreto del senado para su convocacion. Servio Tulio, sesto rei de Roma, fué quien estableció las centurias, cuando haciendo el primer censo del pueblo, le dividió en seis clases ó cuadrillas, y cada clase en muchas centurias. La primera, que se componia de los mas ricos, se dividió en ochenta centurias, incluyéndose en las cuarenta todos los que eran capazes de manejar las armas; y en las otras cuarenta las personas ancianas que habian de quedarse en la ciudad. La segunda clase era de veinte centurias, componiéndose diez de mozos y hombres ya hechos, y otras diez de los mas ancianos, pero que tenian ménos caudales que los de la primera clase. La tercera y cuarta clase se componian tambien de veinte centurias; la quinta de treinta, y la sesta clase comprendia toda la ínfima plebe, contándose solo por una centuria. El rei Servio Tulio escogió entre los nobles diez y ocho centurias de caballeros, y las agregó á la primera clase; de modo que esta clase contenia noventa y ocho centurias. Despues añadió dos centurias de trabajadores y de herreros á la segunda clase, y otras dos de trompetas y tocadores de flauta á la cuarta: lo que hacia un número de ciento noventa y tres centurias. El pueblo romano se juntaba por centurias, cuando se habian de elegir magistrados, establecer

pero si se hallaban mas con las letras V. R. se promulgaba la lei, como aprobada por los votos del pueblo. Sobre esto

leyes, declarar la guerra, examinar los delitos cometidos contra la república ó contra los privilegios de los ciudadanos romanos; y la reunion se verificaba en el campo de Marte, fuera de la ciudad, cercándola todas las tropas puestas sobre las armas: en ella se tomaban los votos de cada centuria, y lo que aprobaba el mayor número de centurias, era ratificado por todo el pueblo; pero muchas vezes no daban su voto las centurias de las últimas clases, porque luego que habia noventa y siete, esto es, una mas que la mitad, de un mismo dictámen, quedaba decidido el asunto, y era inútil tomar los votos de las demas. De este modo el pueblo inferior, que estaba en las últimas centurias, tenia mucho ménos poder en las asambleas por centurias que en las que se hacian por curias ó por tribus. En tiempo de los reyes se observaba para los votos el órden siguiente: las noventa y ocho centurias de la primera clase daban primero su voto; y si era uniforme su acuerdo, quedaba todo terminado y concluido, porque componian el mayor número, no quedando ya mas que noventa y cinco centurias; pero si no se conformaban, se tomaban los votos de las veinte de la segunda clase, y despues los de las otras, hasta que se juntaban noventa y siete de un mismo parecer. Durante la república se sorteaban los nombres de las centurias, y la que primero salia, era preferida en el voto. Despues del año 512 de la fundacion de Roma, en que fué repartido el pueblo en treinta y cinco tribus, y las centurias quedaron comprendidas en ellas, se sorteaba primero el nombre de las tribus, para saber la que era preferida, y luego se sorteaban las centurias de esta tribu, y la que salia primero, daba su voto ántes quelas otras. Luego se llamaban las demas centurias de la primera, de la segunda y de las otras clases segun su órden. Hubo tiempo en que los votos para la eleccion de los magistrados se daban en alta voz; lo que contenia al pueblo, avergonzándose cada uno de dar su voto á personas indignas y capazes de perjudicar á la república; pero en el año de 614 se introdujo el uso de los escrutinios y votos secretos, que favorecieron las pretensiones de los malos, abriéndoles camino para llegar á las primeras magistraturas, holgándose el pueblo de complacer á quien queria, sin pasar por la nota de declararse por impolítico ó mal intencionado. Las mesas sobre que se ponian las cestas ó cofres para echar las cédulas, cuando se daban los votos, se llamaban en latin *pontes*, porque eran mui altas y estrechas. Á cada ciudadano se daban dos cédulas de las cuales la una servia

tratamos con estension en las *Antig. rom. h. t.* Ahora ya entenderemos fácilmente la definicion que se da de la lei, diciendo ser lo que el pueblo romano (todo) establece á peticion de un magistrado senatorio cuales eran el cónsul, pretor y dictador. De aquí se sigue que durante la república libre fueron dos los requisitos de la lei: 1° que se hiciese por todo el pueblo, que constaba de patricios y plebeyos: 2° que se hiciese á peticion de un magistrado senatorio.

§. XLVII. Por lo dicho conoceremos al momento en qué se diferencia la lei del plebiscito. 1° Este no se daba por todo el pueblo, sino por los plebeyos solos; 2° ni á propuesta de un magistrado senatorio, sino de uno plebeyo, á saber, algun tribuno de la plebe. Porque habiendo, despues de espulsados los reyes, grandes desavenencias entre los patricios y plebeyos, é intentando aquellos establecer la aristocracia, y estos la democracia, se marcharon por último los plebeyos al Monte Sacro, y no volvieron á la ciudad, hasta que consiguieron se les diese una magistratura especial en los tribunos de la plebe (1), cuyo en-

para aprobar, y estaba señalada con la inicial de estas dos palabras: *Uti rogas* hágase lo que pedís, ó apruebo lo que proponéis: la otra era para negar, y tenia la primera letra de la voz *Antiquo*, que quiere decir anulo, metafóricamente abrogo, desecho.

(1) La dignidad de tribuno en Roma significaba en general un hombre que tenia alguna inspeccion; y asi habia tribunos del tesoro, que eran oficiales sacados del pueblo, que guardaban los caudales destinados para la guerra, y los distribuian en las urgencias á los cuestores de los ejércitos. Se elegian los mas ricos, y eran distinguidos en la república: tribuno de los céleres, que era el commandante de los céleres ó de la guardia que estableció Rómulo, que fueron cien jóvenes de los mas distinguidos en riquezas, nacimiento y buenas prendas, que sacó de cada tribu, para que sirvieran á caballo en su guardia; tribunos militares, creados por Rómulo, segun Vegecio, y eran como nuestros coroneles. Al principio fueron solo tres: se distinguian por una especie de puñal que recibian del príncipe al tiempo de su elec-

cargo era defenderla de las injusticias de los cónsules y del senado, *Liv. l.* 11. *c.* 33. *L.* 2. §. 20. *ff. De orig jur.*

cion, por el anilo de oro, un vestido particular y cuatro soldados que los acompañaban: tribuno de las fiestas, que era un oficial que cuidaba de las diversiones del pueblo, y de que nada faltase en ellas; segun Casiodoro, se consideraba como empleo importante y de mérito para ascender. Pero los tribunos del pueblo, de que hablamos aquí, eran unos magistrados que sostenian los derechos del pueblo romano, y le defendian de los cónsules, del senado y de los nobles. Su establecimiento fue en el año 159 ó 160 de la fundacion de Roma, poco despues de la gran division que hubo entre los senadores y el pueblo, la que apaciguó Menenio Agripa, con la condicion de que el senado concederia al pueblo magistrados de familia plebeya, para que conservaran sus derechos y libertad. Cayo Licinio y Lucio Alvino fueron los dos primeros tribunos del pueblo, á los que se asociaron otros tres que se mudaban todos los años; pero Lucio Trevonio aumentó este número hasta diez. La autoridad de los tribunos era mui grande, porque no solamente podian juntar el pueblo, proponerle lo que querian, hacer reglamentos y leyes, sino oponerse á los decretos del senado, anularlos, y citar á los demas magistrados ante el pueblo, y aún alguna vez hicieron prender á los cónsules, y multaron al dictador. Bien que en el año de 672, en que fué dictador Sila, disminuyó el poder de los tribunos, y ordenó que fueran escluidos para siempre de los demas empleos de la república, y que no se estendiera su jurisdiccion mas que á mil pasos de la ciudad; pero M. Cota en el año de 679, y Pompeyo en el de 683, les restituyeron la autoridad que Sila les habia quitado, permitiendo ejercerla tambien en las provincias. Aunque el empleo de tribuno no se dió en mucho tiempo mas que á los que eran de familia plebeya, quisieron no obstante ser admitidos en él los senadores y los nobles; pero se requeria que el pueblo se lo ofreciese, porque no les era permitido pedirlo. La casa de los tribunos del pueblo estaba abierta de dia y de noche, para que el pueblo pudiese entrar á cada instante y á toda hora á dar sus quejas, y por esto no se les permitia faltar de Roma ni un solo dia. Cuando aprobaban los decretos y sentencias del senado, lo significaban con la letra *T*, y para oponerse a ellas usaban de la voz *veto*, sin dar razon para fundar sus oposiciones; y era de tanta fuerza esta palabra, que si algun magistrado no se hubiera contenido en ella, inmediatamente se le hubiera puesto preso, como á trasgresor de una autoridad inviolable. El atentar á la vida de los tribunos, injuriarlos, ó hacerles

Como estos tribunos eran sacrosantos, esto es, inviolables, nada dejaron por hacer, á fin de conseguir la suprema autoridad é introducir una verdadera democracia. Así es que empezaron á hacer leyes aprobadas por la plebe, á las que llamaban plebiscitos. De aquí resultaron nuevas contiendas. El senado ó los patricios no solamente se oponian con vigor á que los tribunos diesen semejantes leyes, sino que tambien rehusaban someterse á las que ya se habian dado. Por fin, despues de muchas discordias, se dió en el año 304 de Roma la lei horacia por M. Horacio cónsul, y se previno que lo que mandase la plebe por tribus, obligase al pueblo (entero), *Liv. l.* III. *c.* 55. Despues, como eludiesen los patricios con nuevas cavilaciones la lei horacia, dióse en 414 de la fundacion de Roma la lei publilia, por el dictador Q. Publilio Filon, para que los plebiscitos obligasen á todos los quirites, *Liv. l.* VIII. *c.* 12. Finalmente, al ver que los patricios tergiversaban de nuevo

alguna violencia, era un delito de los mayores. Conservaban siempre su autoridad los tribunos, aún cuando habia un dictador; pero sin poder oponerse á sus órdenes y reglamentos, como les era permitido respecto de los demas magistrados. Es digno de notarse que los tribunos de la plebe y los ciudadanos populares que hacian discursos al pueblo en la plaza pública, tenian siempre vuelto el rostro al sitio en que se reunia el senado, por acatamiento á este primer cuerpo de la república. Licinio Craso fué el primero que violó esta costumbre, observada constantemente hasta entónces, lo que hizo por adular al pueblo, despreciando la autoridad del senado. Nadie podia ser tribuno del pueblo sin que tuviese treinta años cumplidos. Este empleo lo confirió el pueblo á quien quiso, hasta el año de 730, en que Augusto César se hizo nombrar tribuno, y los emperadores que le sucedieron, tomaron este carácter, é hicieron marcar en sus medallas los años de su tribunado. Y así subsistió este empleo, aunque sin autoridad, siendo ya solo un título vano sin ejercicio ni honor (como sucedia con nuestros procuradores de cortes) hasta Constantino, en cuyo tiempo se desvaneció enteramente. El empleo de tribuno tiene alguna semejanza con el del magistrado, que en otros tiempos se conoció en Aragon con el nombre de *Justicia mayor*.

estas leyes, sublevada la plebe, se retiró segunda vezal monte Janículo, y no quiso volver hasta que por el dictador Q. Hortensio (año 456 de Roma) se dió la lei hortensia, con la cual se pusieron en uso las leyes horacia y publilia. *Gell. lib. XV. cap. 28. L. 2. §. 8. ff. De orig. jur.* Desde entónces pues no hubo, en cuanto al efecto, ninguna diferencia entre las leyes propiamente dichas y los plebiscitos, puesto que estos y aquellas obligaban á todo el pueblo: de donde provino que los plebiscitos empezaron poco á poco á llamarse leyes, que es el nombre que casi siempre tienen en las ff., por ejemplo, lei aquilia, falcidia, atilia. Véase *Gell. lib* 20. *c.* 20 y *Cic. Orat.* II. *De lege agraria*, c. 8.

§. XLVIII, XLIX y L. La tercera especie de Derecho escrito son los *senadoconsultos* (1), que se deben considerar segun los diversos tiempos en que los hubo; pues una cosa eran los senadoconsultos en tiempo de la república libre, y otra bajo los emperadores. En tiempo de la república libre, aunque se hacian senadoconsultos, no eran leyes, porque el senado no gozaba de potestad legislativa. Entónces eran unos decretos del senado (2)

(1) Al principio los senadoconsultos eran relativos principalmente al Derecho público; mas posteriormente tambien se estendieron al derecho privado.

(2) El senado romano era una junta de muchas personas consideradas en que residia la autoridad soberana. En él se elegian los embajadores; se daban los gobiernos de las provincias y el mando de los ejércitos, tenia la administracion del erario público, y tomaba cuentas á todos los tesoreros; ordenaba y anulaba las leyes; recibia los embajadores; hacia tratados de paz, treguas y confederaciones; ordenaba las rogativas, y concedia el honor del triunfo á los generales de ejército que habian ganado alguna batalla, tomado alguna ciudad considerable, ó conquistado alguna provincia. Ordinariamente se juntaba el senado en el dia de las calendas, de las nonas y de los idus de cada mes, escepto en los meses de noviembre y diciembre, que eran vacaciones. Las calendas eran el primero del mes y las nonas el siete de marzo, de mayo, de julio y octubre, y en los demas meses el cinco. Los idus sucedian á trece en los

sobre las cosas encomendadas á su cuidado, v. gr., acerca de dar leyes, sortear las provincias, alistar soldados, etc.

meses de enero, febrero, abril, junio, agosto, setiembre, noviembre y diciembre; pero en los de marzo, mayo, julio y octubre eran á quince. Augusto ordenó que no se juntara el senado sino en las calendas é idus de cada mes. Los dictadores, los cónsules, pretores y tribunos de la plebe tenian facultad para juntar el senado cuando les parecia, ó cuando ocurrian algunos asuntos estraordinarios ó importantes; pero no se les permitia juntarlo ántes de salir el sol, ni despues de puesto. Tampoco podia juntarse en los dias de fiesta, en los que se juntaba el pueblo, ni miéntras se celebraban juegos públicos. Todo cuanto se hacia en la república, se consultaba con el senado, y lo que el pueblo y los tribunos disponian, carecia ordinariamente de fuerza hasta que el senado lo autorizaba. Esto no obstante se oponian muchas vezes los tribunos á los decretos del senado, sin que pudiera este pasar adelante, hasta que dejaban de oponerse; y para obligarlos á que desistieran, era preciso recurrir á los otros magistrados y usar de ruegos y amenazas, ó apelar al pueblo. Cuando algun decreto del senado se suspendia por oposicion de los tribunos, no dejaba por esto de registrarse; pero en lugar de llamarlo *senatus consultum*, se llamaba *senatus auctoritas*. Es de notar la urbanidad de que usaba el senado, cuando daba alguna órden á los magistrados, espresándola con estas palabras, *Si iis ita videtur*; si gustan, si les parece bien. El nombre de los senadores que habian votado, se ponia con la fecha y sitio donde se habia tenido el senado: D. E. R. I. C. esto es, *De ea re ita censuerunt*: así han votado sobre este asunto tal y tal cónsul y despues los demas. En el Capitolio y en los templos de Saturno y de Céres se guardaban las leyes, los decretos y sentencias del senado con el tesoro público, cuya custodia se confiaba á los edilos. El senado se juntaba en diversas partes: primero en los templos de la Concordia, entre el Capitolio y la plaza romana, de la Fe, de la Virtud, de Júpiter Estator, de Júpiter Capitolino, de Marte, de Apolo, de Cástor y Pólux, y en el de Vulcano. En el de Belona, estramuros de la ciudad, recibia á los embajadores de los pueblos enemigos. Cuando era un senado convocado para algun asunto repentino ó inopinado, se llamaba *senatus edictus* ó *indictus*. En la historia romana leemos muchos buenos ejemplos que manifiestan ocho escelentes caractéres en la conducta del senado romano, miéntras fue libre; su aplicacion, el sigilo, la conservacion de la disciplina militar, la sabiduria en las recompensas, la fidelidad con los aliados, la firmeza en los riesgos de que estaba amenazada la república, la moderacion en los sucesos prósperos, y la confianza en los adversos.

En mis *Ant. rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 18. se describe el modo de hacerse los senadoconsultos. Todavía se observaba la misma práctica bajo el imperio de Augusto, quien daba las leyes, no por medio del senado, sino de los votos del pueblo, porque no pareciese que usaba de la autoridad de rei. Pero Tiberio fué el primero que persuadió astutamente al pueblo que le era molesto el reunirse, §. 5. *Inst. h. t. L.* 2. §. 9. *ff. De or. jur.*, y como para aliviarle de esta molestia, trasladó los comicios del campo marcio al senado, *Tac. Annal. lib.* 1. *c.* 15. Pero el verdadero objeto de esto fué poder mudar todas las cosas á su arbitrio; pues los senadores estaban entónces sujetos como ovejas á Tiberio, y no se atrevian á oponérsele en nada. El modo de hacerse estos senadoconsultos, consistia 1° en que, reunido el senado, enviaba delante el emperador un discurso ú oracion en que aconsejaba la admision de la nueva lei; y así es que los mismos senadoconsultos se llamaban muchas vezes *oraciones de los príncipes*, ó derechos establecidos por las oraciones de los príncipes. Véase al eruditísimo jurisconsulto Escipion Gentil *De orationibus principum*. 2° Esta oracion era leída por un cuestor candidato, *L. un.* §. 2. *et* 4. *ff. De offic. quæst.* 3° Despues hacia el cónsul la relacion, y se pedia el parecer á los senadores (1). 4° Dados estos

(1) En la nobleza habia dos órdenes, el de los senadores y el de los caballeros; luego seguian los plebeyos ó simples ciudadanos. Rómulo escogió cien personas distinguidas por su mérito y calidad para consejeros de estado y para juzgar las disensiones del pueblo, llamándolos senadores, en latin *senatores*, ó porque eran ancianos, ó por su prudencia, que es ordinariamente el distintivo de los viejos. Tambien los llamó padres, *patres*, ó para demostrar el respeto que se les debia, ó para hacerles conocer que habian de ser los protectores y padres del pueblo. Rómulo pues fué el que instituyó los cien senadores primeros, á los que se añadieron otros ciento, sacados de las mas ilustres familias de Roma, cinco años despues que se recibieron los sabinos en la ciudad. Tarquino Prisco aumentó tambien este número el año de 138, escogiendo entre las familias plebeyas ó ciudadanas cien personas dis-

pareceres, decia el césar que cada cual se colocase en distinto lado, segun el dictámen que seguia: *qui hæc sentitis*,

tinguidas por su virtud y sabiduría, y con el título de *patricias*, las hizo recibir en el senado, que llegó entónces á componerse de trescientos senadores. Este número se aumentó mucho mas en adelante, puesto que el año de 708, siendo dictador Julio César, llegaban á novecientos; y en el de 711 habia mas de mil durante el *triunvirato*. En los primeros tiempos de la república no se daba la dignidad de senador sino á los patricios; esto es, á los descendientes de los primeros senadores. Cuando se tuvo por conveniente recibir en el senado á los que eran de familia plebeya, se hacian ántes nobles. Era costumbre tomar en el órden de los caballeros á los mas beneméritos y nobles para ocupar las plazas vacantes del senado. Los cónsules y los censores los nombraban; y si el que era nombrado, rehusaba la dignidad de senador, se le quitaba la de caballero. Cuando se elegian senadores, no solo se consideraba su mérito, sino tambien la edad y sus rentas. Para ser senador, se necesitaban treinta años por lo ménos, y haber ejercido algun empleo; y si alguno se eligió de ménos tiempo, fué por favor, ó por su mérito estraordinario. La renta de los senadores en tiempo de Augusto era de ochenta mil sestercios, que son ciento y sesenta mil reales nuestros ú ocho mil pesos fuertes; y despues aumentó Augusto esta renta hasta trescientos veinte mil reales ó diez y seis mil pesos fuertes. Si llegaban á tener alguna pérdida considerable que disminuyese su renta, perdian tambien la dignidad y carácter de senadores.

Se estableció así, porque habiéndose introducido en Roma la ambicion y el lujo, despues de la conquista de África, pretendian muchos la dignidad de senador, sin mérito ni renta, y se temia que hicieran injusticias, y se dejaran corromper por dinero, no teniendo con que sostener su carácter, y con que satisfacer su vanidad y ambicion. Los primeros senadores se llamaban patricios, y sus descendientes eran de familias patricias; pero los que elegian los cónsules y los censores de entre los caballeros para ocupar las plazas vacantes en el senado, se llamaban *Patres conscripti*, porque sus nombres se escribieron con los de los primeros senadores en una misma tablilla. Los senadores que no habian ejercido magistratura, se llamaban en latin *senatores pedarii*, porque no podian ir al senado sino á pié, cuando los que habian obtenido ciertas magistraturas, se hacian llevar en sus sillas curules; ó tambien porque siendo incapazes de dar por sí mismos un buen dictámen, y de esplicarse bien por falta de talento,

in hanc, qui alia omnia, in illam partem discedite, qua sentitis. 5° Hecho lo cual, se levantaban los senadores, y se dirigian al lado que apoyaban con su parecer. 6° Finalmente, si la oracion del príncipe era aprobada por pluralidad de votos, entónces se estendia segun el espíritu de ella el senadoconsulto, que se grababa en bronce, y despues de presentarlo al público, se depositaba en el erario de Saturno (1).

seguian el voto y se conformaban con los que habian votado ántes que ellos; de lo cual nació este modo de hablar: *Pedibus ire in sententiam alicujus.* El distintivo de los senadores era la laticlavia, o el ropaje de bandas anchas de púrpura, el calzado negro que les cubria el pié y la mitad de la pierna, y la média luna ó C de plata cosida en este calzado, para espresar que los primeros senadores no eran mas que ciento. Algun tiempo despues de los primeros emperadores se les empezó á dar el título de *clarissimi.* Los senadores podian llevar sus hijos al senado; pero estos no podian votar hasta que hubiesen hecho juramento de no revelar las materias que se trataban. Al votar los senadores, podian hablar todo el tiempo que querian, no solo sobre el asunto propuesto, sino es sobre cualquiera otra cosa, aunque fuese mui distinta, que es lo que Ciceron llama con frecuencia *columnia dicendi.* En el interregno gobernaban los senadores, y solo á los que lo habian sido, se conferia el mando de los ejércitos: cuando asistian á los espectáculos, tenian sillas y sitios separados. Un senador no podia sin permiso ausentarse del senado, y estando en la ciudad, se hallaba obligado, bajo la pena de multa, á asistir á las reuniones del senado, pues sus decretos y sentencias no tenian fuerza, cuando se hallaban en él ménos de cien senadores. Tampoco les era permitido tener dos mujeres, ni casarse con parienta, estranjera, mujer pública ó esclava, ni comerciar.

(1) El tesoro público se guardaba en el templo de Saturno, fabricado en la falda del monte del Capitolio, hácia la plaza de Roma, por el lado del Tíber. Ademas de ciento sesenta graneros y un grande arsenal, tenian los romanos otro tesoro ordinario, donde se recibian las rentas anuales de la república, y de él se sacaba lo necesario para pagar los gastos ordinarios; pero tenian otro que se llamaba sagrado, *sanctum ærarium,* donde, despues que se recobró Roma de los galos, se pusieron como en depósito sumas considerables, que no se debian tocar, sino cuando estos pueblos, que eran en estremo temidos, hicieran una nueva irrupcion. Esto motivó la bella respuesta que dio César

Deberá al paso notarse que los senadoconsultos recibieron la mayor parte de las vezes el nombre del cónsul que hacia la relacion en el senado, como el senadoconsulto trebelianio, veleyano, tertuliano, orfiliano. Uno solo hai que tomó su nombre de un malvado que dió ocasion á un senadoconsulto, á saber, el senadoconsulto macedoniano, llamado así de un tal Macedon, famoso usurero, *L. 1 pr. ff. De Scto. macedon.*

Y ¿cuánto tiempo estuvieron en uso los senadoconsultos? Todo el tiempo que á los emperadores pareció con-

al cuestor ó tribuno militar que guardaba este tesoro, cuando se lo hizo abrir por fuerza, para gastarlo en la guerra civil, diciéndole, *que era inútil guardarlo mas, pues habia puesto á Roma fuera de riesgo de ser nunca acometida por los galos.* En este tesoro se pusieron despues las sumas inmensas que habian llevado los generales de los paises conquistados, pues solamente de España, dice *Livio lib. 34,* que el pretor Marco Ervio entró en Roma catorce mil setecientas treinta y dos libras de plata sin marco; de sellada con el cuño de un carro de dos caballos, diez y siete mil y veinte y tres libras; y de plata de Huesca ciento y veinte mil cuatrocientas y treinta y ocho. Quinto Minucio, su sucesor, dió al erario treinta y cuatro mil y ochocientas libras de plata; sesenta y ocho mil de dos caballos; y de plata de Huesca doscientas sesenta y ocho mil (bien que este número parece sospechoso). M. Caton, cónsul, triunfó tambien de España, y llevó á Roma veinte y cinco mil libras de plata sin marco; de dos caballos ciento veinte y tres mil, de Huesca quinientas y cuarenta, de oro mil y cuatrocientas libras: *Alvaro Alonso Barba, cap.* 6. Ademas de estos dos tesoros habia otro fondo sagrado como el antecedente. Este era la veintena de todas las sucesiones que habian recaido en distintos herederos que los hijos de los difuntos, lo que subia á sumas escesivas. Se llamaba *aurum vicesimarum.* Todos saben que el nombre general de *ærarium* que se daba á todos estos tesoros, se originaba de la primera moneda de los romanos, que era de cobre, y se llamaba *æs æris.* Los tribunos del tesoro, en latin *tribuni ærarii,* eran oficiales sacados del pueblo que guardaban el tesoro público, donde se ponian sumas considerables, para pagar los gastos estraordinarios que tenia que hacer la república, principalmente en tiempo de guerra. Para tribunos ó guardias del tesoro no se escogian sino personas mui ricas y desinterasadas.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

veniente el disimulo. De aquí es que todavía se hace mencion de senadoconsultos en tiempo de Antonino Severo, Antonino Caracalla, Eliogábalo y Alejandro: apénas se nombra ninguno de fecha posterior, porque acostumbrado ya el pueblo romano al gobierno monárquico, y trasladado por la lei régia todo su derecho á los emperadores, empezaron á ser ménos frecuentes los senadoconsultos, y la mayor parte de las innovaciones se introducian en el derecho por las constituciones de los príncipes, que ya empezaron á publicarse en tiempo de Vespasiano, como lo muestra la *L*. 4. §. 6. *ff. De legislation.*

§. LI. La cuarta especie de Derecho escrito son las *constituciones*, y de ellas se pregunta 1° qué cosa son? §. 51. 2° De cuántas maneras? §. 52-55. 3° Si tienen fuerza de lei? §. 56-58. 4° Qué son privilegios, de cuántas maneras, qué se debe observar respecto de ellos? §. 59-63.

1° Qué sean estas constituciones, lo esplicaremos brevemente por esta definicion: son *la voluntad de los príncipes, y, si estos quieren, tienen fuerza de lei* (1). Toda la definicion está en la *L. 1 pr. ff. De const. princ.*, á escepcion de las palabras, *si quieren los príncipes*, que hemos sacado del §. 6. *Inst. h. t.* Es de saber que no todas las epístolas

(1) Cuando Roma no conservaba ya de su libertad mas que las fórmulas, y cuando los cargos se reunieron en la persona del príncipe por toda la duracion de su vida, empezó este, con arreglo á los usos de los antiguos magistrados de la república, á dar decretos y reglamentos en virtud de los cargos que ejercia, los cuales fueron llamados *placita* o *constitutiones principum*, y su número fué necesariamente creciendo á medida que los príncipes aumentaban su poder, é iban á mas los derechos que se arrogaba la arbitrariedad de los emperadores; pero al principio eran muí pocas, y la mayor parte ni siquiera tocaba al derecho privado, sino que tenia por objeto el gobierno, y particularmente las rentas del estado, la guerra y la administracion de las provincias; y casi ninguna encerrába nuevos principios de derecho, reduciéndose á indicar cómo debian esplicarse en ciertos casos las leyes vigentes.

ó constituciones de los príncipes son leyes, sino tansolo las que el príncipe quiere que sean observadas como tales por los súbditos. De aquí es que ni sus cartas privadas (cuales son las del emperador Trajano á Plinio, *lib*, 10. *ep. Plin.*) valen como leyes, ni los rescriptos espedidos á súplica de los particulares, porque pueden muchas vezes ser considerados como subrepticios y obrepticios, si las súplicas no se apoyan en la verdad, como manifestaremos luego en el §. 56. Así que las constituciones del príncipe son tenidas por leyes, *si ellos quieren*.

§. LII. 2° De cuántas maneras son? Unas son *generales*, otras *especiales*. Generales son aquellas por las que el príncipe quiere obligar á todos; v. gr. si publica un edicto, por el que condena á pena capital á los que se desafíen. Por el contrario *especiales* son aquellas, por las cuales permite ó manda estraordinariamente alguna cosa á una persona, de suerte que no sirva de ejemplar: v. gr. el príncipe concede á Pedro privilegio de monopolio, si la lei castiga con mas severidad que de ordinario á uno de los ciudadanos. Tenemos un ejemplo en la *L*. 2. *fin. ff. De his qui sui vel alien.* Y estas constituciones especiales se llaman tambien *privilegios*, de los cuales hablaremos mas abajo en el §. 59 y siguientes. Finalmente las generales se dividen en *rescriptos, decretos* y *edictos*; de que se tratará separadamente en los párrafos que siguen.

§. LIII. (a) *Rescriptos* son aquellas constituciones, por las cuales el príncipe responde á los memoriales de las partes ó á las consultas de los magistrados. Muchas vezes los particulares remitian memoriales al príncipe, en los cuales se quejaban de tal ó cual agravio que se les hacia: tambien muchas vezes los magistrados, comunidades, colonias, municipios, consultaban á los príncipes; y lo que entónces respondia el príncipe, eso se llamaba rescripto. Segun la diversa condicion de las personas que consulta-

ban, los rescriptos se llamaban, ya *anotaciones* ó *subnotaciones*, ya *epístolas*, ya *pragmáticas-sanciones*. (*a*) Se les da el nombre de *anotaciones* ó *subnotaciones*, cuando el príncipe responde á los memoriales de las partes ó de los particulares. Hai un ejemplo selecto en la *L.* 9. *ff. ad L. rhod. De jactu.* (*b*) El de *epístolas*, cuando el príncipe responde á las consultas de los magistrados, de lo que ocurren muchos ejemplos de Trajano en el *lib. X. ep. Plin. et L.* 6. §. 6. *ff. De offic. procons.* Y el de (*c*) *pragmáticas-sanciones*, si el príncipe responde á la consulta de toda una universidad, v. gr. de una provincia, ciudad, municipio, colegio. Hai un ejemplo en la *L.* 3. §. 5. *De offic. procons.*

§ LIV. (b) Pasemos á los *Decretos*, por los cuales el príncipe, en los negocios contenciosos de las partes, daba sentencia definitiva ó la pronunciaba interlocutoria; definicion que está sacada de la *L.* 1. §. 1. *ff. De const. princ.* En efecto muchas vezes se llevaban en apelacion á los mismos príncipes las causas mas graves, bien fuesen civiles, ó bien criminales. Puede servir de ejemplo la causa del apóstol san Pablo, que habiendo sido acusado de sedicion, apeló al César, y fué enviado á Roma, donde este se hallaba, *Act. c.* 25. *v.* 11 y 12. Con este objeto habia en Roma en el palacio del príncipe un consejo de jurisconsultos, que oian las causas, é instruían al príncipe acerca de la sentencia. El fallo que daba el príncipe, oí las las partes, se llamaba decreto. Sin embargo algunas vezes se distinguen los decretos de las sentencias interlocutorias. *Decretos* son los fallos que pronunciaba el príncipe usando de las solemnidades y formalidades del juício: hai un ejemplo en el §. *ult. Inst. De vulg. substitut.* Sentencias interlocutorias eran las que pronunciaba de plano y sin las formalidades del juício. Se halla un ejemplo en la *L.* 7. *ff. ad L. jul. De vi privat.*

§ LV. (c) Restan los *edictos*, que son las constituciones por las que el príncipe determina motu propio algun nuevo derecho para utilidad de todos los ciudadanos; y se diferencian 1° de los *rescriptos*, en que en los edictos el príncipe determina motu propio, y en los rescriptos á súplica de otros. 2° De los *decretos*, porque en los edictos se establece un nuevo derecho, y por los decretos solamente se aplica el derecho antiguo. 3° De los *mandatos*, porque los edictos se estienden á todos los ciudadanos, y los mandatos se circunscriben á determinadas personas. Así es, por ejemplo, que muchas vezes se dan á los magistrados, embajadores, jefes militares, ciertas reglas de cómo deben obrar (hoi se llaman *instrucciones*), las cuales no son edictos, sino mandatos, porque no obligan á todos los ciudadanos, sino tansolo á aquel á quien se han dado.

§. LVI, LVII y LVIII. 3° Por estas definiciones se esplicará fácilmente la tercera cuestion de si estas constituciones de los príncipes tienen fuerza legal. (*a*) En cuanto á los *rescriptos*, no siempre la tienen, ántes algunas vezes nada absolutamente valen; 1° si la súplica no está apoyada en la verdad, porque el príncipe no está obligado á mandar cosa alguna en virtud de la simple narracion de una de las partes, á no ser bajo la condicion de que *la súplica esté fundada en la verdad*. Véase sobre esto la *L. ult C. De divers. princ. rescr.* 2° Si el príncipe no hubiese firmado, ó si no se hubiese puesto el dia y el nombre del cónsul, lo que equivalia al sello que ahora se usa, *L.* 3. *L.* 4. *C. eod.* Aquí debe notarse que los príncipes firmaban antiguamente con color de púrpura sacado del múrice cocido, que se llamaba *sacrum encaustum*, ó sagrado esmalte, del cual á nadie mas que al príncipe era permitido usar, Sam. Estryck, *Diss. De sacro encausto.* 3° Si se hubiese impetrado el rescripto en perjuício de la república ó del derecho de un tercero. Aquí pertenece todo el título del *C.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Si contra jus vel util. publ., y especialmente la *L.* 6. Se deberá de paso observar, que á los rescriptos que adolecen de cualquier vicio semejante, suele oponerse en el foro la escepcion que los prácticos suelen llamar de *obrepcion* y *subrepcion*.

(b) Acerca de los *decretos* se deberá notar esta regla: los decretos ó sentencias de los príncipes solamente tienen fuerza legal entre las partes, no entre los demas, pues que son sentencias, y las sentencias no son verdaderamente leyes, sino aplicacion de ellas, *L.* 2. *C. De leg. et const.* Luego no tienen fuerza de lei, á no ser entre las partes. Se esceptúan sin embargo dos casos: 1o cuando el príncipe esplica al mismo tiempo una lei oscura, pues entónces esta esplicacion es reputada por lei, *L.* 12 *C. eod.* 2o Cuando el príncipe manda espresamente que se pronuncie del mismo modo en casos semejantes, *L.* 3. *eod.* De lo cual al mismo tiempo se deduce claramente, cuánto ménos deben tener el valor de lei las sentencias de los jueces y las decisiones de los tribunales, cuando ni los decretos del príncipe gozan siempre de aquella autoridad. Así, por ejemplo, Sandio escribió las *Decisiones curiæ Supremæ Fristæ*; B. Hubero refiere otras semejantes en sus *Prælect. ad ff.*, y el sabio Z. Hubero en las *Observat. rerum judicatarum*; pero estas no hacen lei, y así es que en el dia las decisiones de la Frisia se separan mucho de las antiguas, como lo confiesa el citado Hubero. *Obs. rer. jud. obs.* 93. *p.* 418. donde dice: « varían frecuentemente, y son contrarias unas á otras las decisiones de los tribunales. » Aún bajo el techo de un mismo tribunal se fallan ya de un modo, ya de otro causas de la misma naturaleza.

(c) De los *edictos* es cierta la regla de que son propiamente leyes; y de aquí es que en varios pasajes de nuestro Derecho se les da espresamente este nombre. En efecto, teniendo las constituciones fuerza de lei, si quiere el príncipe, § 51., es consiguiente que los edictos la tengan, porque cuando los promulga, manda espresamente que se observen en todas partes y por todos.

§. LIX y LX. Hasta aquí hemos tratado de las constituciones generales: síguense las especiales, que tambien se llaman privilegios, como si dijéramos leyes privadas. Para los antiguos era lo mismo privado que singular, y por consiguiente el privilegio es una lei singular. Sin embargo puede darse una definicion mas exacta, sacada del §. 6. *Inst. h. t.* diciendo que los *privilegios son unas constituciones por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, ó impone una pena estraordinaria, de modo sin embargo que no sirva de ejemplar.* Por esta definicion se puede responder fácilmente á las preguntas siguientes: 1a ¿Se llama con propiedad leyes á los privilegios? Resp. No hai duda que son leyes, porque los prescribe el sumo imperante (1). Pero se objeta que no obligan, pues el privilegiado puede renunciar á su derecho, y abstenerse del uso del privilegio. Á esto se responde, que aunque no obliguen á los privilegiados, obligan á los demas ciudadanos, para que estos no turben á los privilegiados en el uso de su privilegio; y respecto de estos con razon se llaman leyes. 2o ¿Se diferencian los privilegios de los derechos singulares? Resp. Estos son beneficios dados por la lei á cierto órden de personas ó á uno de los sexos, así, v. gr. los menores gozan del beneficio de la lei de poder ser restituídos *in integrum*; las mujeres, por razon de la dote, gozan de tácita hipóteca en los bienes del marido, y son preferidas en el concurso á los demas acreedores, etc. Estos derechos singulares son llamados muchas vezes privilegios: pero no obstante se diferencian los privilegios propiamente tales de los derechos singulares: (a) porque estos son dados por la lei aún á los que no los pi-

(1) « É los privilegios decimos otrosí, que han fuerza de lei sobre « aquellas cosas en que fueron dados.» *L.* 28. *tit.* 18. *Part.* 3.

den, y aquellos deben obtenerse del príncipe: (b) aquellos se refieren á cada una de las personas, y por eso se llaman leyes privadas: estos á muchas personas del mismo órden, sexo ó condicion. Cujacio, *Obs. lib. IV. c.* 8. fué el primero que observó esta diferencia.

§. LXI et LXII. De la definicion se infiere de suyo *la division de los privilegios*. Siendo estos unas constituciones, por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, etc. (§ 60), se sigue que son favorables ó odiosos. *Favorables* son aquellos por los cuales en atencion al mérito se permite alguna cosa, v. gr. el derecho de ejercer monopolio, la inmunidad de tributos, etc. De esto tenemos un ejemplo en *Tit. Liv. l.* 39. *c.* 19. *Odiosos* son aquellos por los que se impone una pena estraordinaria, mayor que la que está determinada por la lei; sirva de ejemplo la *L.* 2. *fin. ff. De his, qui sui vel alieni jur.* Ahora se pregunta, sí son lícitos los privilegios odiosos? Resp. 1º Durante la república libre estaban prohibidos por la lei de las XII Tablas, en las cuales se mandaba que no se dieran privilegios. 2º No los usaron sino los tribunos de la plebe revoltosos, como P. Clodio, que prohibiendo á Ciceron el agua y el fuego y consagrando su casa, le impuso un privilegio; de lo cual se queja en la oracion *pro domo*, c. 17. *y. sig.* 3º Los buenos príncipes pueden imponer semejante pena estraordinaria, si para ejemplo lo exige la frecuencia de los delitos, *L.* 2. *ff. De his, qui sui, etc.*, ó si una malicia refinada hace precisa una correccion mas severa, como se puede ver en la *L. ult. ff. Si quis à patre manum., etc.* 4º De esta libertad de dar privilegios no goza el magistrado; por cuanto el privilegio es una constitucion del príncipe. Véase sin embargo el ejemplo que trae Suet. *Galb. c.* 9.

Por último los privilegios son *de persona* ó *de causa*.

Aquellos son los que se dan á la persona (1), y por eso espiran con ella, v. gr. el privilegio del foro: estos son los concedidos por cierta causa (2), y por lo mismo aprovechan tambien á los herederos; por ejemplo, el privilegio concedido en los feudos, para que las causas feudales no se ventilen mas que ante los padres de la curia.

§. LXIII. De aquí se deducen algunos axiomas, que deben observarse acerca de los privilegios de los cuales es el primero: solo el imperante concede privilegios (3); luego no los concede el magistrado, como que él mismo está sujeto á las leyes. La razon está en el §. 60., porque hemos demostrado que los privilegios son leyes, y la potestad legislativa solo reside en el supremo imperante. Segundo: el derecho de conceder privilegios no reside en el magistrado; esto se infiere de lo primero. Tercero, al imperante pertenece establecer los términos en que quiere conceder el beneficio, *L.* 191. *ff. De R. J.* Este axioma se debe observar contra aquellos que, abusando de la *L.* 3. *ff. De const. princ.*, piensan que la interpretacion estensiva tiene lugar en los privilegios, no obstante que esta *L.* 3. no habla propiamente sino de los derechos singulares, de que hemos tratado arriba §. 60.

§. LXIV. LXV y LXVI. La quinta especie de Derecho escrito son los *edictos de los magistrados*. Porque debe saberse, 1º que los magistrados de Roma no fueron meros juezes, sino que tambien tuvieron facultad de proponer

(1) « Dijeron otrosí, que los privilegios que son dados á algunos por « razon de sus personas, que non pasan á sus herederos; fueras ende « si en la carta ó en los privilegios lo dijere. » *Regl.* 27. *tit.* 34. *Part.* 7.

(2) Tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades y otros lugares. Véase la *glos.* 1 de Greg. López *à d. reg.* 27.

(3) En España pertenece por lo mismo esta facultad al poder legislativo. Sin embargo la constitucion ha reservado á la Corona la prerogativa de indultar.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

edictos (1), por los cuales indicaban por qué órden y modo queria administrar justicia durante el tiempo de su magistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publicaban en Roma los *pretores* (2) para la administracion

(1) En España los magistrados públicos, gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo, y usan de esta facultad para poner en ejecucion algunas providencias del rei, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. Alv. *Inst. tit.* 2. *del lib.* 1.

(2) El pretor que se estableció en el año 387 ó 388 de la fundacion de Roma para administrar justicia, era el primero despues de los cónsules, y Publio Furio Camilo fué el primer pretor elegido en los comicios juntos por centurias, con las mismas ceremonias de religion que aquellos. Al principio no habia mas de uno que administraba justicia á los ciudadanos en Roma; pero como se establecieron en ella muchos estranjeros, se eligió en el año de 510 ó en el 511 otro pretor que juzgara sus diferencias. El primero se llamaba en latin *prætor urbanus*, juez de los ciudadanos, y el segundo *prætor peregrinus*, juez de los estranjeros; pero este tenia ménos autoridad que el otro. Para ocupar el empleo habian de ser de familia patricia, aunque en el año de 417 de la fundacion de Roma se nombraron de familia plebeya. Por el año de 603 ó 607 hubo en ella seis pretores. Los dos que eran de la primera creacion, conocian de las diferencias de los particulares, y los otros cuatro de los delitos públicos, esto es, de los cohechos, de las facciones ó bandos, de los parricidios, de los crímenes de lesa majestad romana, cometidos contra el pueblo romano, contra los privilegios de los ciudadanos romanos, y últimamente del peculado, ó del robo del tesoro público. Siendo Sila dictador en el año de 672, añadió otros dos. César hizo tambien crear dos para cuidar de los víveres, y se llamaban *cereales*. Despues de la muerte de César añadió Augusto otros cuatro, y en adelante se vieron en Roma hasta quince pretores. Cuando Sicilia y Cerdeña quedaron reducidas á provincias, y despues de la conquista de España, se crearon pretores para cada una de las provincias conquistadas. Estos eran magistrados que las gobernaban, administraban justicia, y mandaban las tropas en la guerra por todo el año de su magistratura. Con efecto *prætor* significa presidente, comandante, general de ejército ó capitan, derivándose esta voz de *præesse*, ó de *præire*, segun lo dice Tito Livio lib. 3. y Ciceron *lib.* 3º. *De las*

de justicia, los *ediles* (1) acerca de las cosas que pertenecian á su jurisdiccion, por ejemplo, las cosas venales, los

leyes; y como los que mandaban los ejércitos, eran tambien jueces de las causas civiles en los cuarteles de invierno y en tiempo de paz; por esto se llamaba *prætorium* la tienda del general, la casa del pretor, y el lugar donde administraba jnsticia. No obstante, cuando la guerra era peligrosa, y se habia de combatir con un enemigo poderoso, iba uno de los cónsules á la provincia invadida ó amenazada de irrrupciones, para defenderla y dar en ella las órdenes necesarias. El poder de los pretores era mui grande: podian alterar las leyes, abrogarlas y establecerlas. De esto nace que en el Derecho romano se hace mencion muchas vezes del edicto del pretor Tambien juntaban el senado y el pueblo, cuando lo tenian por conveniente; y en una palabra, tenian en Roma todo el poder, cuando los cónsules estaban ausentes, y habian ido á mandar el ejército. Los pretores no podian ausentarse de Roma mas que diez dias; y eran los que registraban los nombre de los esclavos á quienes se daba la libertad, y adjudicaban á los acreedores los bienes que se les debian. Tambien eran protectores de las viudas y de los huérfanos, y tenian cuidado de los juegos y sacrificios que se hacian á espensas del público. Las damas romanas se juntaban todos los años en la casa del pretor, para celebrar en ella la fiesta y misterios de la buena diosa Cibéles, y estaba prohibida la asistencia de los hombres con pena de destierro. Para la eleccion de pretores se juntaba el pueblo por centurias. El dia primero de enero, despues de hechas sus rogativas y ofrecido un sacrificio en el Capitolio, tomaban todos los distintivos de honor unidos á su dignidad, é iban precedidos de seis lictores. Su ropa era bordada de púrpura, y los llevaban en silla de marfil. Cuando el pretor condenaba alguno á muerte ó á otro cualquier suplicio, dejaba su ropa ordinaria, y se ponia una de luto. Para ser pretor era necesario tener cuarenta años: el distintivo esterior de este magistrado era la ropa pretesta, que tomaba despues de haber hecho los votos en el templo; la silla curul puesta en un tribunal, en sitio elevado en forma de média luna; la lanza que manifestaba la jurisdiccion, y la espada que indicaba el derecho de presidir el tribunal que administraba justicia. Fuera de la ciudad le acompañaban lo ménos seis lictores con fasces; y se llamaban provincias pretorias aquellas á donde para su gobierno se enviaban solo pretores. La ropa pretesta era semejante á la toga; y se llamaba así, porque estaba guarnecida por abajo con una banda ancha de púrpura.

(1) Los ediles eran los magistrados romanos que tenian la inspec-

caminos públicos, etc., y en las provincias los *procónsules* (1) y *propretores* que tenian en ellas la mi ma autoridad

cion de los edificios públicos, de las fiestas, de los juegos y de los espectáculos. Se llamaban así *ab ædibus curandis*, porque cuidaban de los templos, y de las obras y fábricas públicas. Los habia de dos clases, nombrados todos los años; á saber, los ediles curules, y los ediles plebeyos, dos de cada clase. Los plebeyos eran sacados de las familias plebeyas; fueron creados en el año de 271, y cuidaban de lo que los tribunos querian confiarles. Ordinariamente estaban encargados de mantener los baños, de reparar y hacer limpiar los acueductos, las albañales y las calles; de guardar los decretos del senado y las ordenanzas del pueblo; de impedir las usuras, y visitar las tabernas para contener los desórdenes; pero los ediles curules que se sacaban de las familias patricias, tenian el cuidado de los teatros, de los juegos, de los mercados, de los tribunales de justicia, de los muros de la ciudad, de arreglar y señalar el sitio de los espectáculos, de impedir en ellos todo desórden, y de hacer cuanto era necesario para la subsistencia y adorno de la ciudad de Roma. Tambien era cargo de los ediles curules hacer examinar los libros, en particular las piezas de teatro, ántes que se representaran; y las pagaban, y daban el precio de la declamacion á los actores que mejor habian hecho su papel. La edilidad era una de las grandes magistraturas, que se llamaban curules, porque los que las ejercian, se hacian llevar y estaban sentados en sillas de este nombre, que eran de marfil, con los piés curvos y mui altos, con muchas gradas, que parecian un trono. Los primeros magistrados tenian derecho de usarlas, no solo en sus casas, sino en todas partes donde querian hacerse llevar, ó bien las llevaban detras de ellos. Las funciones de los ediles correspondian en algun modo á las de nuestros alcaldes, tenientes de policía, regidores y tesoreros. Ciceron refiere los principales deberes de su cargo en el *lib.* 3º. *De las leyes.* Para ser edil se necesitaba tener treinta y siete, y treinta y ocho años; y esta dignidad era el primer grado para llegar á los otros cargos mas considerables de la república, segun la lei de las XII Tablas, citada por Ciceron en el *lib.* 3º. *De las leyes.* Entre el empleo de edil y el de pretor habian de mediar dos años. En el de 709 se crearon otros dos ediles llamados *curules*, que cuidaban de los granos, víveres, de los pesos y medidas, ponian precio á las mercancías, y hacian echar en el Tiber los granos y demas especies mercantiles que estaban podridas ó no eran de lei.

(1) El nombre de procónsul se dió entre los romanos á aquel que gobernaba una provincia con la misma autoridad que si fuera con-

que los otros magistrados en Roma, *L.* 7. §. 2. *ff. De offic. procons.* 2º Aún cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo Derecho, ayudándolo, supliéndolo y corrigiéndolo, *L.* 7. §. 1. *ff. De just. et jur.* Y esto se hacia (a) inventando nuevos vocablos, v. gr. *posesion de bienes* en lugar de *herencia;* (b) introduciendo nuevas acciones, v. gr. *constitutæ pecuniæ*; (c) dando escepciones, donde la lei negaba accion, v. gr., escepcion de pacto; (d) restituyendo *in integrum* á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. 3º Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se deberá consultar un pasaje de Ciceron del *lib. II De invent. c.* 22. 4º Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aún estos

sul; y en tiempo de los emperadores romanos se nombró procónsul al que elegia el senado para gobernar una de las provincias del Imperio. Tambien nombraba el senado algunos jóvenes distinguidos que debian acompañar al procónsul, para aprender el arte militar, y formaban la corte del magistrado llamándose *contubernales*. Ántes de salir de Roma, el procónsul iba al Capitolio á hacer sacrificios y tomar el manto de guerra, llamado *paludamentum*, que manifestaba el mando de las tropas. Despues marchaba acompañado de lictores armados de fasces y de hachas, y sus amigos le llevaban hasta cierta distancia fuera de la ciudad. Cuando los procónsules salian de consulado, tenian el gobierno de una de las provincias consulares, la que sacaban por suerte; administraban justicia, y mandaban en el ejército que la suerte les habia dado. Ordinariamente se destinaba el estío para la guerra, y en el invierno se empleaban en el ejercicio de su jurisdiccion. No servian mas que un año en este cargo, á ménos que el senado tuviera por conveniente que continuasen; para juzgar los procesos, tenian sus asesores ó otros jueces, mantenidos y pagados por el público. Aunque los procónsules tenian en sus provincias la misma autoridad, los mismos vestidos, oficiales é igual número de lictores y fasces que los cónsules, no obstante, cuando concurria un cónsul, cesaba toda su autoridad; y esta era limitada solo á su gobierno, miéntras la de los cónsules era estensiva y absoluta en todas las provincias del Imperio romano. Estando los cónsules ausentes de Roma, tenian la autoridad los procónsules, y podian juntar el senado y el pueblo.

fueron mudados varias vezes en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de Roma se mandó, que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales, *Dio. lib.* 36. *c.* 12, *Dodwell. Prælect. Camd. in append.* Finalmente bajo Adriano se compusieron los edictos perpetuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano; el provincial y edilicio no se sabe por quién. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

§. LXVII y LXVIII. La sesta y sétima especie de Derecho escrito son las *Respuestas de los jurisconsultos,* las cuales se definen diciendo, que son las opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del Derecho. Porque es de saber que antiguamente los jurisconsultos podian indistintamente responder acerca del Derecho; despues los emperadores no daban sino á ciertas personas esta facultad á manera de privilegio, y tal que los juezes no podian separarse de sus respuestas, §. 8. *et L.* 2. § 47. *De or. jur.* Estos jurisconsultos pues 1° interpretaban el Derecho, y por el razonamiento deducian de las leyes muchas consecuencias que no estaban espresas en sus palabras. Tenemos un ejemplo en el §. *únic. Inst. De legit. patr. tut.* 2° Tambien en los casos dudosos disputaban muchas vezes entre sí, ya en el foro, ó bien segun Juvenal, *sat.* 1. *v.* 128., en el templo de Apolo. Véase la *L.* 19. *ff. De lib. et post.* 3° Tambien las consultas abrian muchas vezes el camino para que los juezes dieran la sentencia, como hemos dicho poco ántes. §. 8. *Inst. h. t.* 4° Y tambien prescribian á los litigantes las fórmulas de las acciones y los actos legítimos, de que se hablará en los §§. 69 y 70. Todas estas interpretaciones de los jurisconsultos fueron recibidas poco á poco en el foro, consiguieron fuerza de lei, y aún empezaron á contarse y tenerse por Derecho escrito, despues que Justiniano las publicó insertas en las Pandectas. Véase el §. 45.

§. LXIX. Entre las partes del Derecho civil que inventaron los jurisconsultos, *L.* 2. §. 6. *De or. jur.* deben notarse las *acciones de la lei* y los *actos legítimos*, que esplicaremos estensamente, por mencionarse con frecuencia en nuestro Derecho.

En dos sentidos se toman las *acciones de la lei*, 1° ó por las acciones y sus fórmulas, v. gr, la accion *reivindicatoria*, la *peticion de herencia*, etc., 2° ó por los actos de voluntaria jurisdiccion que deben celebrarse solemnemente á presencia del magistrado. La jurisdiccion es voluntaria ó contenciosa. Voluntaria es la que se ejerce sin contradiccion de adversario, v. gr., la manumision, la adopcion, donde no hai actor ni reo; y contenciosa es la que exige conocimiento de causa, actor y reo, como si uno demanda por un contrato ó un delito. Aquellos actos de voluntaria jurisdiccion podian formalizarse á presencia de cualquier juez, con tal que tuviesen la accion de la lei; mas para estos era necesario que el juez fuera competente. Por cuanto solo los actos de voluntaria jurisdiccion se debian ejercer solemnemente, por eso se llamaban *acciones de la lei*.

§. LXX. *Actos legítimos* son los negocios que se debian celebrar solemnemente, pero no á presencia del magistrado, v. gr., la adicion de la herencia, la emancipacion, etc. Sus requisitos son los siguientes: 1° Que se hagan solemnemente, 2° que no admitan procurador, 3° que se han de hacer simplemente, no hasta cierto dia, ó bajo condicion, *L.* 71. *ff. De reg. jur.* Por ejemplo, 1° la herencia se aceptaba solemnemente recitadas las palabras de la aceptacion; 2° se aceptaba por el mismo heredero, no por medio de procurador, 3° se aceptaba simplemente, no bajo condicion, v. gr., si tiene con que pagar, etc.

§. LXXI. Sigue el Derecho no escrito, *ó costumbre.* Para entender su definicion, se debe observar que en la repú-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

blica el Derecho no tiene mas que una causa, á saber, la voluntad del sumo imperante, bien sea este el príncipe, el consejo de los magnates, ó el pueblo. Si el imperante establece espresamente alguna cosa por lei, lo establecido se llama *Derecho escrito*. Si por el contrario concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república por costumbre, esto se llama *Derecho no escrito*. De donde se sigue que la definicion que trae la *L.* 31. *ff. De legib.*, es exacta en el estado democrático ó popular, pero no en el monárquico, donde la costumbre logra autoridad de sola la voluntad tácita del legislador.

§. LXXII. Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este § de la costumbre (1). En efecto 1° la costumbre debe probar: la lei no es preciso que se pruebe, porque es conocida de todos por la promulgacion, al paso que aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho, se debe probar (a) por el trascurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. 2° La misma es la fuerza de la lei, que la de la costumbre (2), pues viene del mismo legislador, y es igual que se quiera una cosa tácita ó espresamente. 3° La costumbre deroga la lei anterior, porque es como una lei, y la lei posterior anula la anterior, *L. ult. ff. De const. princ.* La costumbre que repugna á la recta razon, es de ningun valor (3), porque el príncipe

(1) Para que la costumbre se considere introducida en España, se requiere el trascurso de diez años, y la ciencia y consentimiento del rei que no la repruebe, ántes la tenga por válida; y treinta juicios ó actos uniformes sin contradiccion.

(2) « Fuerza mui grande há la costumbre, cuando es puesta con « razon, así como dijimos, en las contiendas que los omes han entre « sí, de que non hablan las leyes escritas, puédense librar por la cos- « tumbre que fuese usada sobre las razones sobre que fué la contienda « é aún há fuerza de lei.» *L.* 6. *tit.* 2. *Part.* 1.

(3) La misma doctrina se puede ver en la *L.* 5. *tit.* 2. *Part.* 1, que dice: « La costumbre... debe ser con derecha razon é non contra la « lei de Dios, ni contra señorío, ni contra Derecho natural, ni contra « procomunal de toda la tierra del logar do se face.»

no quiere tal cosa, ni tácita ni espresamente; v. gr. en Alemania hai entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendizes hasta despues de concluídos los años de aprendizaje; cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta, si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ninguna, (a) porque es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres; (b) porque el príncipe que puede abolir la lei, mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impía y contraria á la razon.

§ LXXIII. Trátase tambien de saber, si en el dia hai tantas especies de Derecho escrito como las que tuvieron los romanos, á saber leyes, senadoconsultos, plebiscitos y constituciones de los príncipes? Se niega, porque 1° las diferentes especies de Derecho escrito nacieron de las frecuentes mudanzas de la república. 2° Entre nosotros ni la plebe da leyes, ni el senado establece nada por via de senadoconsulto, ni las interpretaciones de los jurisconsultos tienen autoridad legal. Pues qué viene á ser la lei entre nosotros? Un precepto comun impuesto por el supremo imperante, que obliga á todos los súbditos, para que arreglen á él sus acciones. Dícese 1° *precepto*, porque la lei obliga. Luego la lei permisiva propiamente no es lei, porque no obliga. 2° *Comun*, para distinguirlo del *privilegio*, el cual no se estiende á todos, sino solo á los privilegiados. *Impuesta ó mandada* por el supremo imperante, porque solo obliga al mandatario. 3° *Por el supremo imperante*, que es el único que tiene autoridad de dar leyes, bien sea este imperante un monarca, bien los nobles, ó el pueblo. 4° *Que obliga á todos los súbditos*, *L.* 7. *ff. De leg.* 5° *Para que arreglen á él sus acciones*; lo cual se debe entender de las acciones humanas que

provienen del entendimiento y la voluntad, no de las naturales, que no sufren lei ninguna.

§. LXXIV. Cuántos son *los objetos del Derecho*? Resp. Tres. *personas*, *cosas* y *acciones*. Porque en primer lugar se debe saber cómo se diferencian las personas por razon de los derechos, por ejemplo, los señores, esclavos, padres, hijos, tutores, pupilos; despues cuáles son los derechos de las cosas, y finalmente por qué acciones cada uno puede conseguir su derecho.

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

§. LXXV. La palabra *hombre* y la palabra *persona* son sinónimas hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. Toda persona es hombre; pero no todo hombre es persona. *Hombre* es el que tiene mente racional en cuerpo humano: *persona* es el hombre considerado en su estado, de modo que quien no tiene estado, no es persona. En esto los jurisconsultos siguieron á los cómicos, los cuales no llaman persona á todo el que contribuye de cualquier manera á que se haga la comedia, sino al que representa á otro hombre, v. gr., á un rei, un esclavo, un viejo, etc.; así tampoco los jurisconsultos tienen por persona sino á aquel que representa un padre de familias, un ciudadano, un hombre libre, y por decirlo en pocas palabras, al que tiene estado.

§. LXXVI. Se pregunta pues que es *estado*? Resp. Es una cualidad, en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos (1), porque de distinto derecho goza, por ejemplo, el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el estranjero; y por eso la libertad y el lugar del nacimiento se llaman estados. Otras vezes el *estado* se llama tambien en nuestro Derecho *cabeza*, y de aquí es que se dice que el esclavo *no tiene cabeza alguna*, §. 4. *Inst. De cap. demin.*, y de aquel que pierde el estado de naturaleza ó de libertad, ó de familia, se dice, *que ha sido capiteminuído*, *pr. Inst. De cap. demin.*

(1) « Condicion ó manera, dice la *L.* 1, *tit.* 23. *Part.* 4, en que los « omes viven ó están.» Nos parece mas exacta la definicion dada por los jurisconsultos romanos.

Los jurisconsultos dividen el estado en *natural* y *civil*. *Natural* es el que proviene de la misma naturaleza, v. gr. el que unos sean varones, otros hembras, unos nacidos, otros por nacer ó existentes en el vientre de sus madres. *Civil* es el que dimana del Derecho civil, como la diferencia que hai entre los hombres libres y esclavos, ciudadanos y estranjeros, padres é hijos de familia. El *estado civil* es de tres maneras, *de libertad*, segun el cual los unos son libres y los otros esclavos; *de naturaleza*; y segun este los unos son ciudadanos, y los otros estranjeros; y por último *de familia*, segun el cual los unos son padres de familia, y los otros hijos de familia. Con esto ya entenderemos fácilmente este axioma: todo aquel que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona, segun el Derecho romano, sino cosa, aunque sea hombre.

§. LXXVII. Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona: es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano: es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra; pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia. Por eso en nuestro Derecho se dice, *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. De cap. dem.*, *y es tenido por nulo y muerto* en la *L.* 32 *y* 200 *ff. De reg. jur.*, porque no es persona. De aquí es que el esclavo podia ser muerto por su señor; no se le hacia injuria; podia ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni hacia contratos, ni otorgaba testamento, ni tenia nada propio porque no era persona.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

provienen del entendimiento y la voluntad, no de las naturales, que no sufren lei ninguna.

§. LXXIV. Cuántos son *los objetos del Derecho*? Resp. Tres. *personas*, *cosas* y *acciones*. Porque en primer lugar se debe saber cómo se diferencian las personas por razon de los derechos, por ejemplo, los señores, esclavos, padres, hijos, tutores, pupilos; despues cuáles son los derechos de las cosas, y finalmente por qué acciones cada uno puede conseguir su derecho.

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

§. LXXV. La palabra *hombre* y la palabra *persona* son sinónimas hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. Toda persona es hombre; pero no todo hombre es persona. *Hombre* es el que tiene mente racional en cuerpo humano: *persona* es el hombre considerado en su estado, de modo que quien no tiene estado, no es persona. En esto los jurisconsultos siguieron á los cómicos, los cuales no llaman persona á todo el que contribuye de cualquier manera á que se haga la comedia, sino al que representa á otro hombre, v. gr., á un rei, un esclavo, un viejo, etc.; así tampoco los jurisconsultos tienen por persona sino á aquel que representa un padre de familias, un ciudadano, un hombre libre, y por decirlo en pocas palabras, al que tiene estado.

§. LXXVI. Se pregunta pues que es *estado*? Resp. Es una cualidad, en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos (1), porque de distinto derecho goza, por ejemplo, el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el estranjero; y por eso la libertad y el lugar del nacimiento se llaman estados. Otras vezes el *estado* se llama tambien en nuestro Derecho *cabeza*, y de aquí es que se dice que el esclavo *no tiene cabeza alguna*, §. 4. *Inst. De cap. demin.*, y de aquel que pierde el estado de naturaleza ó de libertad, ó de familia, se dice, *que ha sido capiteminuído*, *pr. Inst. De cap. demin.*

(1) « Condicion ó manera, dice la *L.* 1, *tit.* 23. *Part.* 4, en que los « omes viven ó están.» Nos parece mas exacta la definicion dada por los jurisconsultos romanos.

Los jurisconsultos dividen el estado en *natural* y *civil*. *Natural* es el que proviene de la misma naturaleza, v. gr. el que unos sean varones, otros hembras, unos nacidos, otros por nacer ó existentes en el vientre de sus madres. *Civil* es el que dimana del Derecho civil, como la diferencia que hai entre los hombres libres y esclavos, ciudadanos y estranjeros, padres é hijos de familia. El *estado civil* es de tres maneras, *de libertad*, segun el cual los unos son libres y los otros esclavos; *de naturaleza*; y segun este los unos son ciudadanos, y los otros estranjeros; y por último *de familia*, segun el cual los unos son padres de familia, y los otros hijos de familia. Con esto ya entenderemos fácilmente este axioma: todo aquel que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona, segun el Derecho romano, sino cosa, aunque sea hombre.

§. LXXVII. Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona: es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano: es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra; pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia. Por eso en nuestro Derecho se dice, *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. De cap. dem.*, *y es tenido por nulo y muerto* en la *L.* 32 *y* 200 *ff. De reg. jur.*, porque no es persona. De aquí es que el esclavo podia ser muerto por su señor; no se le hacia injuria; podia ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni hacia contratos, ni otorgaba testamento, ni tenia nada propio porque no era persona.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. LXXVIII. Volvamos ya á la primera division de las personas. Estas (tomadas, no natural, sino civilmente) ó son hombres, ó esclavos. *Libres* son aquellos que no están en justa esclavitud, porque si uno está esclavo injustamente, v. gr. apresado por un pirata, este, aunque está en esclavitud, no es esclavo, sino hombre libre. *Esclavos* son aquellos que están en la esclavitud de otro por justa causa. Estas causas las referiremos en el §. 81. Los hombres libres son *ingenuos* ó *libertinos*. *Ingenuos* son los que nunca estuvieron en justa esclavitud, sino que fueron libres desde que nacieron, *pr. Inst. De ingen. Libertinos* los que fueron manumitidos de justa esclavitud, *pr. Inst. De libertin.* Unos y otros son hombres libres; pero mejor y mas escelente es la nobleza de los ingenuos que la de los libertinos.

§. LXXIX. Llamándose libres los hombres por la libertad de que gozan, y esclavos por la esclavitud en que están, debe saberse aquí qué es libertad, y qué es esclavitud. Llámase *libertad* la facultad natural de hacer lo que se quiera, á no impedirlo la fuerza ó el Derecho, §. 1. *Institut. h. t.* Esplicaremos esta definicion. 1° Llámase la libertad *facultad natural*, porque todos los hombres son libres por naturaleza. *L. 4 ff. De J. et J. L. 32. ff. De reg. J.* Luego la diferencia entre libres y esclavos la introdujeron las leyes civiles, no la naturaleza. 2° *De hacer lo que se quiera*: en efecto la libertad consiste en que no estemos obligados á ejecutar ó dejar de hacer nuestras acciones al arbitrio de alguno, sino que podamos obrar ó no obrar de este ó del otro modo á nuestro albedrío. 3° *Á no ser que lo impida la fuerza ó el Derecho*. Si se objeta que el hombre libre no puede gozar de esta facultad de hacer siempre lo que quiere, se responde, que entónces no se lo prohibe el estado de esclavitud, sino bien la fuerza, como le sucede al que atan los ladrones; bien el Derecho, como

cuando las leyes no permiten que se haga alguna cosa. Al contrario, *esclavitud* es una disposicion del Derecho de gentes, por la cual el hombre se ve sujeto al dominio ajeno contra la naturaleza, §. 2, *Inst. h. t.* Para esplicar tambien esta definicion diremos que se llama la esclavitud 1° *una disposicion del Derecho de gentes*, porque la naturaleza, como hemos dicho, hizo libres á todos los hombres, y las naciones fueron las que introdujeron la esclavitud. L. 4. *ff. De J, et J.* 2° *Por la cual el hombre se ve sujeto al dominio ajeno*, porque la esclavitud consiste en que el hombre esté bajo el dominio de otro como una cosa; y de aquí es que puede ser vendido, legado, donado, muerto. 3° *Contra la naturaleza*; porque como hemos dicho, esta crió á todos los hombres libres; lo cual debe observarse contra Aristóteles, que establece que algunos hombres son esclavos por naturaleza, á saber, los estúpidos, perezosos, y otros que no pueden gobernarse á sí mismos. Pero esto es falso, porque todos los hombres son libres por naturaleza. Ni de que uno sea mas estúpido que yo, se infiere que esté obligado á ser esclavo mio.

§. LXXX. Hasta aquí hemos definido la esclavitud y la libertad. Pregúntase ¿por qué se dice que la esclavitud es contra la naturaleza? Resp. No se debe entender esto del Derecho de la naturaleza, como si dijéramos que la esclavitud repugna al Derecho natural y á la recta razon. Eso es falso, y se infiere 1° de que no repugna á la sociedad humana, y de que esta puede existir con la esclavitud de ciertas personas; 2° de que si repugnase á la razon y al Derecho de la naturaleza, no la pudiera aprobar la sagrada Escritura, como repugnante á la razon, y aquella aprueba la esclavitud. I. *Cor. c. 7. v. 20. sig.* Si se dice que la esclavitud es contra la naturaleza, es porque de las personas se hacen cosas, pues, como hemos dicho, el esclavo de la clase de las personas pasa á la de las cosas, y

se hace de la misma condicion que un buei ó un jumento, *L.* 2. *L.* 27. §. 3. *ff. ad. L. aquil.* y *L.* 38. § 1. 2. *ff. De edict.* Véase á *Em. Merill. lib.* 11. *Obs. c.* 35.

§. LXXXI. Hasta aquí hemos visto qué cosa sea libertad y esclavitud: ahora se trata de saber ¿ cómo uno se halla en la clase de esclavo? Resp. Los esclavos ó nacen ó se hacen. Nacen, de nuestras esclavas, porque si una esclava pare un hijo ó una hija, estos son de condicion servil, cualquiera que sea su padre, pues siendo cosas los esclavos, como hemos dicho en el §. 77, se sigue que los partos serviles son de la misma condicion. Porque así como el feto de la vaca que está en mi dominio, tambien me pertenece, así del feto de la esclava se dice que está en esclavitud. Este esclavo que nace de una esclava nuestra, se llama *verna*. De este derecho usaron ya los antiguos en tiempo de Abrahan, como se infiere del *Gen. c.* 14, *v.* 14., donde se dice que Abrahan armó á sus *vernas*. Como puede muchas vezes suceder que un *verna* nazca del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, se pregunta: el *verna* será para Ticio, ó para Mevio? Resp. Para Mevio; porque es general en nuestro Derecho la regla de que *el parto sigue al vientre*. §. 19. *Inst. De rer. divisis.*; y así como un becerro engendrado por el toro de Ticio y la vaca de Mevio, es de Mevio, así tambien el *verna*, nacido del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, será de este. Otra cosa se deberá decir si se trata de la condicion del hijo, porque en un matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion del padre, y fuera del matrimonio la condicion de la madre; por ejemplo, si el padre es noble, la madre plebeya, y hai legítimo matrimonio entre ellos, los hijos son nobles. Si por el contrario un noble tuvo que ver con una plebeya fuera de matrimonio, los hijos espurios que de este ayuntamiento nacieron, son plebeyos. Entre los príncipes hai la particularidad que de un marido príncipe y de una mujer plebeya ó noble no nace un príncipe, á no haber sido elevada la madre por el emperador á la dignidad de princesa (1).

§. LXXXII. Así nacen los esclavos. Á vezes se hacen tales aún cuando hayan nacido libres; lo que sucede ó por el Derecho de gentes ó por el civil. *Por el Derecho de gentes*, por medio de la cautividad, pues todos los cogidos por el enemigo se hacian esclavos, de cualquiera condicion que fuesen. Tenemos el ejemplo del cónsul romano Atilio Régulo, que hecho prisionero por los cartagineses en la primera guerra púnica, cayó en una tristísima esclavitud, y por último pereció despues de haber sido cruelmente atormentado, *Flor. Hist. rom. l. II. c. II.* §. 23. Los antiguos discurrian de este modo: nosotros podemos matar á los enemigos; luego podemos reducirlos á la esclavitud, y aún será un beneficio el que hagamos esclavos á aquellos que podemos matar; por lo cual los llamaban *servos*, como si dijéramos *servatos*, (conservados), *mancipia* por *manucapta* (hechos prisioneros), §. 3. *Inst. h. t.* Hoi dia no se hacen esclavos los prisioneros de guerra, sino que se custodian hasta que se redimen ó permutan. Los romanos á ningun cautivo redimian aunque estuviese sujeto á una deplorable esclavitud, y lo hacian con el fin de obligar á los soldados romanos á *vencer ó morir*, Cic. *De off. III. cap. últ.*

§. LXXXIII. Tambien por el *Derecho civil* se hacian siervos en castigo, y especialmente en dos casos: 1° si un mayor de veinte años consentia en ser vendido por

(1) Tambien en España los hijos habidos fuera de matrimonio siguen la condicion de la madre, en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por consiguiente si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud: y basta que la madre lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo haya sido algun instante miéntras llevaba el hijo en el vientre. Todo lo cual se establece en la *L.* 2. *tit.* 21. *Part.* 4. conforme con lo que sobre este punto dispuso Justiniano en el §. 2 *Inst. De his qui sui vel. al. jur. sunt.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el deseo de adquirir el precio. Es de saber que por Derecho romano ningun hombre libre podia ser vendido: si lo era, inmediatamente gritaba pidiendo la libertad. Mas como algunas vezes los jóvenes deseosos de dinero permitian que se les vendiese, solamente por sacar el dinero á los compradores, y darse despues por libres, se mandó por un senadoconsulto, que los que tal hiciesen, si pasaban de veinte años, permanecieran esclavos. Tenemos un ejemplo de semejante fraude en Plaut. *Pers. act. II. scen. III. v.* 55, *act. III. scen. I. et act. IV. scen. III. v.* 9. 2° Si se volvia á la esclavitud á un liberto ingrato. La ingratitud es de dos maneras, una *simple* y otra *grave*. Es *simple*, si uno no devuelve beneficios á aquel que se los hizo; *grave*, si uno ademas trata mal y veja de cualquier modo al bienhechor. Los libertos volvian á la esclavitud, no por cualquier ingratitud simple, sino por la grave, *L. un C. De ingrat. lib.*

§. LXXXIV y LXXXV. Esto en cuanto á los modos con que se hacian esclavos. Pregúntase ahora, si entre ellos habia alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir entre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no habia ninguna diferencia entre los esclavos, pues todos eran cosas, no personas; todos estaban destituídos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifaccion, etc,; todos podian ser vendidos, enajenados y aún muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* habia mucha diferencia entre los esclavos: los unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores; otros andaban siempre por la casa, destinados á los mas bajos oficios y pronto á ejecutar las órdenes de todos los individuos de ella; y otros cargados de cadenas vivian en la esclavitud. Algo de mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, nombre dado á los que habian conseguido la libertad bajo condicion ó para cierto dia. Y así, miéntras

llegaba la condicion ó el dia, permanecian en el estado servil; pero eran tratados algo mas benignamente, porque esperaban la libertad.

§. LXXXVI y LXXXVII. [La doctrina del Derecho español, correspondiente á estos dos párrafos, está esplicada en las notas anteriores.]

TÍTULO IV.

DE LOS INGENUOS.

§. LXXXVIII. En este título se tratan principalmente dos puntos: 1° Qué sea ingenuidad? §. 88 y 89. 2° Quiénes sean ingenuos? § 90, 91 y 92. Por lo que toca al primero, hablaremos (a) de la etimología §. 88, y de (b) la definicion, §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman *ingenuos* de *gignendo* (engendrar), porque les es ingénita la libertad, ó lo que es lo mismo porque fueron libres desde el momento que fueron engendrados ó nacieron. Se diferencian de los libertinos, en que, aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

§. LXXXIX. De lo dicho se colige la definicion. *Ingenuo* es aquel que es libre desde que ha nacido; porque se requieren tres cosas para que uno sea ingenuo; 1° que sea libre, pues el esclavo no es ingenuo; 2° que sea libre desde el nacimiento; de aquí es que si uno que hubiera nacido de una esclava, fuese manumitido en el mismo momento de nacer, no seria ingenuo, sino libertino; y 3° que jamas haya estado en legítima esclavitud; porque si un solo momento hubiera estado en ella, no seria ingenuo, sino libertino, aunque hubiese recuperado la libertad.

§. XC. Síguese ya la otra parte del título: quiénes son ingenuos? Pero ántes daremos un axioma ó regla uni-

el deseo de adquirir el precio. Es de saber que por Derecho romano ningun hombre libre podia ser vendido: si lo era, inmediatamente gritaba pidiendo la libertad. Mas como algunas vezes los jóvenes deseosos de dinero permitian que se les vendiese, solamente por sacar el dinero á los compradores, y darse despues por libres, se mandó por un senadoconsulto, que los que tal hiciesen, si pasaban de veinte años, permanecieran esclavos. Tenemos un ejemplo de semejante fraude en Plaut. *Pers. act. II. scen. III. v.* 55, *act. III. scen. I. et act. IV. scen. III. v.* 9. 2° Si se volvia á la esclavitud á un liberto ingrato. La ingratitud es de dos maneras, una *simple* y otra *grave*. Es *simple*, si uno no devuelve beneficios á aquel que se los hizo; *grave*, si uno ademas trata mal y veja de cualquier modo al bienhechor. Los libertos volvian á la esclavitud, no por cualquier ingratitud simple, sino por la grave, *L. un C. De ingrat. lib.*

§. LXXXIV y LXXXV. Esto en cuanto á los modos con que se hacian esclavos. Pregúntase ahora, si entre ellos habia alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir entre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no habia ninguna diferencia entre los esclavos, pues todos eran cosas, no personas; todos estaban destituídos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifaccion, etc,; todos podian ser vendidos, enajenados y aún muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* habia mucha diferencia entre los esclavos: los unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores; otros andaban siempre por la casa, destinados á los mas bajos oficios y pronto á ejecutar las órdenes de todos los individuos de ella; y otros cargados de cadenas vivian en la esclavitud. Algo de mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, nombre dado á los que habian conseguido la libertad bajo condicion ó para cierto dia. Y así, miéntras

llegaba la condicion ó el dia, permanecian en el estado servil; pero eran tratados algo mas benignamente, porque esperaban la libertad.

§. LXXXVI y LXXXVII. [La doctrina del Derecho español, correspondiente á estos dos párrafos, está esplicada en las notas anteriores.]

TÍTULO IV.

DE LOS INGENUOS.

§. LXXXVIII. En este título se tratan principalmente dos puntos: 1° Qué sea ingenuidad? §. 88 y 89. 2° Quiénes sean ingenuos? § 90, 91 y 92. Por lo que toca al primero, hablaremos (a) de la etimología §. 88, y de (b) la definicion, §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman *ingenuos* de *gignendo* (engendrar), porque les es ingénita la libertad, ó lo que es lo mismo porque fueron libres desde el momento que fueron engendrados ó nacieron. Se diferencian de los libertinos, en que, aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

§. LXXXIX. De lo dicho se colige la definicion. *Ingenuo* es aquel que es libre desde que ha nacido; porque se requieren tres cosas para que uno sea ingenuo; 1° que sea libre, pues el esclavo no es ingenuo; 2° que sea libre desde el nacimiento; de aquí es que si uno que hubiera nacido de una esclava, fuese manumitido en el mismo momento de nacer, no seria ingenuo, sino libertino; y 3° que jamas haya estado en legítima esclavitud; porque si un solo momento hubiera estado en ella, no seria ingenuo, sino libertino, aunque hubiese recuperado la libertad.

§. XC. Síguese ya la otra parte del título: quiénes son ingenuos? Pero ántes daremos un axioma ó regla uni-

versal, por la cual pueda juzgarse de la ingenuidad, §. 90; y despues deduciremos de esta regla varias conclusiones, §. 91 y 92. El axioma es este: *ingenuo es el nacido de madre que por lo ménos fué libre un momento en el tiempo de la concepcion, del parto ó durante la preñez.* Por ser miserable la condicion del esclavo, los derechos siempre favorecen mas á la libertad que á la esclavitud; y por eso si desde el tiempo de la concepcion hasta el de salir á luz la criatura, habia sido libre por un momento la madre, juzgaban que el infante no era esclavo, sino ingenuo.

§. XCI. Veremos ahora las consecuencias que nacen de este axioma: de él se infiere, 1° que es ingenuo aquel que ha nacido de padres libres, porque nunca estuvo en esclavitud. Así es, por ejemplo, que el poeta Horacio escribe de sí mismo que era hijo de un libertino, y sin embargo fué ingenuo, porque sus padres, no él, eran los que habian estado en esclavitud. 2° Que la manumision no daña á la ingenuidad. Por lo tanto, si un hombre libre obligado ilegítimamente á la esclavitud, recobraba despues la libertad, no era libertino, sino ingenuo; porque, aunque habia estado en esclavitud, no era esclavo. 3° Que los hijos vendidos por el padre, y los deudores entregados á sus acreedores para satisfacer sus deudas, eran ingenuos despues de la manumision. Porque es de saber, que los deudores que no tenian con que pagar, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen. Mas por cuanto á pesar de esto no eran esclavos, sino que contribuían solamente con su trabajo, de un modo parecido á nuestros criados asalariados, así que alcanzaban la libertad, no se hacian libertinos, sino ingenuos. 4° Que es ingenuo el nacido de mujer libre y de esclavo; porque no habiendo legítimo matrimonio entre una libre y un esclavo, era claro que el parto debia seguir al vientre, como ya dijimos arriba en §. 81. 5° Que tambien es ingenuo el espurio nacido de

madre ingenua, aunque de incierto padre, por la misma razon de que, fuera del matrimonio, el parto sigue al vientre.

§. XCII. Añadimos otras dos consecuencias: 1ª que si alguno á instancia de otro juraba ser ingenuo, ó 2ª si el juez por sentencia pronunciada le declaraba ingenuo, era tenido absolutamente por tal. La razon es, porque se reputan ser verdad el juramento y la cosa juzgada, aunque despues aparezca que no es así. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, y yo, negándolo él, defiero á su juramento, y lo da de que nada me debe, quedo imposibilitado de poder ya reclamar de él cosa alguna, aunque despues halle un recibo, del cual aparezca que ha jurado falso. Es sí reo de perjurio, y será castigado como perjuro, pero no está obligado á pagar. Así tambien, si uno me debe ciento, y yo instituyo la accion, pero no puedo probar la deuda, y por eso el juez le absuelve, nada puedo decir despues, aunque halle el recibo. Por eso los prácticos forman la regla de que la *cosa juzgada hace de lo blanco negro, de lo negro blanco, de lo curvo recto y de lo recto curvo.* Por lo mismo, si uno jura ser ingenuo, defiriendo otro á su juramento, ó si el juez sentencia que alguno es ingenuo, permanece ingenuo, aunque aparezca despues que juró falso, ó que el juez sentenció mal.

TÍTULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

§. XCIII. Hemos dicho arriba, que los hombres libres, que se oponen á los esclavos, son ingenuos ó libertinos. Habiéndose tratado de los ingenuos, se hablará ahora de los libertinos. Acerca de estos se pregunta: 1° qué son? §. 93; 2° por qué modos fueron manumitidos? §. 94. hasta el 104; 3° cuántas clases hubo de libertinos? §. 105

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

hasta el 110; 4º qué derecho tuvieron los patronos sobre los libertinos? §. 111 hasta el 112.

1º En primer lugar se pregunta, qué son libertinos? Resp. Aquellos que son manumitidos de una legítima esclavitud, *Princ. Inst. h. t.* Decimos de legítima esclavitud, porque ya dejamos sentado en el §. 91. que el que fué manumitido de una esclavitud ilegítima, no es libertino, sino ingenuo. De aquí es que Tiron, por ejemplo, manumitido por Ciceron, era libertino, porque estaba en la legítima esclavitud de Ciceron; pero Josef manumitido por Faraon, era ingenuo, porque no estaba en una legítima esclavitud, habiéndole vendido injustamente sus hermanos.

Adviértase de paso, que no se deben confundir en nuestro Derecho los vocablos *liberto* y *libertino*. Se llamaba uno *liberto* respecto del patrono que le habia manumitido; y *libertino* por razon del estado á que pasaba por la manumision. Por tanto, puede decirse absolutamente, *Tiron fué libertino*; mas si se añade el patrono, se dirá: *Tiron fué liberto de Ciceron*, y no libertino de Ciceron.

§. XCIV. IIº Se pregunta despues, por qué modos se hacia la manumision? (a) En el §. 94 definiremos la manumision, (b) en el 95 describiremos los modos solemnes, (c) en el 96 los ménos solemnes, (d) y desde el 97 hasta el 104 trataremos separadamente de cada uno de ellos.

(a) La palabra *manumissio* se deriva de la frase latina *de manu datio*, pues en el Derecho *manus* significa potestad. De aquí es que de Rómulo se dice *omnia manu gubernasse*, esto es, que gobernó con autoridad y á su antojo, *L.* 2, §. 1. *ff. De or. jur.* Por eso se dice que los hijos están *in manu parentum*, esto es, en la potestad; y si salen de esta, se llaman *emancipados*, como si dijéramos *è manu dimissi*. Que el esclavo puede ser manumitido, se prueba fácilmente. El esclavo es cosa (§. 77);

luego está en el dominio. Lo que está en mi dominio, puedo desampararlo, renunciando á lo que es mio; luego puedo renunciar al dominio que tengo en el esclavo. Si puedo renunciar al dominio, tambien puedo manumitirle, y por consiguiente puedo manumitir al esclavo.

§. XCV. Examinemos ya de cuántos modos se hace la manumision (1). Los dividiremos en *solemnes* y *ménos solemnes*. (b) Los solemnes eran antiguamente tres: 1º *por censo*, si los esclavos con consentimiento de su señor eran inscritos en las tablas censuales; 2º *por testamento*, si el señor moribundo legaba al esclavo la libertad; 3º *por la vindicta*, si el esclavo era manumitido á presencia del pretor ó de otro magistrado. Estos modos se usaban en tiempo de la república libre. El censo se hacia todavía alguna vez bajo los emperadores en Roma y en las provincias, cual fué el hecho en el reinado de Augusto, cuando nació Cristo, *Luc. c.* 7. *v.* 1. Mas dejó de hacerse posteriormente desde el tiempo de Vespasiano, y entónces Constantino el Grande, en lugar de esta manumision, instituyó otra que se hacia en las sacrosantas iglesias, *L.* 1. *C. De his, qui in SS. eccl.* Así que por Derecho nuevo son tres los modos solemnes; (a) manumision en las sacrosantas iglesias; (b) por testamento, y (c) por vindicta.

§. XCVI. Los modos solemnes requerian ciertas solemnidades. Pero si los esclavos eran manumitidos sin ritos ni ceremonias, y los señores declaraban sin las solemnidades prescritas su voluntad, la manumision era llamada (c) *ménos solemne*. Podian ser manumitidos de este modo 1º por cartas, 2º entre amigos; 3º por convite; 4º llamando á uno *hijo*. En una palabra cualquier conjetura era bastante. Hai un ejemplo notable en Suetonio, *De claris rhet., c.* 1. Unos marineros que conducian en su

(1) Sobre los modos de manumitir ó *aforrar*, segun el lenguaje de nuestras leyes, véase la *L.* 1. *tit.* 22. *Part.* 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

barco esclavos de venta, colgaron al cuello de un muchacho un anillo de plata, en forma de corazon, de que usaban los hijos de los romanos nobles, para que los publicanos le tuviesen por ingenuo, y el muchacho fué declarado libre, porque habia llevado con beneplácito de sus señores el signo de la ingenuidad.

§. XCVII. (d) Vamos á tratar ya separadamente de cada uno de estos modos. El *censo* era el primero solemne. Por censo entendemos el rito de los romanos, por el cual tomaban nota cada 5 años los censores de los ciudadanos, sus hijos, haberes facultades, y finalemente de la edad de cada uno, el sexo, la dignidad, etc. Servio Tulio, rei de los romanos, fué autor de este censo, que inventó, para que los imperantes supieran cuántos soldados podian alistar, cuánto dinero habia en la ciudad, y qué impuestos podian echarse sin disminuir los capitales. *Livio, lib. I.* y *Flor. lib.* 1. *c.* 6., tratan prolijamente de este censo. Mas por cuanto solo los hombres libres y los ciudadanos debian ser inscritos en las tablas censuales, de aquí es que los esclavos eran libres inmediatamente, si queriendo y mandándolo sus señores se daban los nombres de ellos á los censores, y estos los inscribian en las tablas censorias.

§. XCXVIII. Á la manumision del censo sustituyó la manumision en las sacrosantas iglesias Constantino el Grande, *L. 1. C. De his qui in SS. eccl.* Pues como antiguante los gentiles manumitiesen alguna vez en el templo de los dioses (Jac. Gothofr. *ad L. un. C. theodos. De SS. eccl.*), Constantino, emperador cristiano, juzgó que debia imitarlos en esto; y de ahí nació la manumision en las sacrosantas iglesias. Se hacia de esta manera: 1° el señor conducia al siervo á la iglesia, y á presencia del clero declaraba que era libre. 2° Este acto se reducia á instrumento público, y lo firmaba el señor. 3° Se abrian las puertas de la iglesia, y se permitia al esclavo que pudiera

ir por donde le acomodase; y como las puertas abiertas se llamaban en la edad média *passæ portæ*, de aquí trae orígen la palabra *pasaporte*.

§. XCIX. Síguese la manumision *por testamento*, que se funda en nuestro principio. Siendo el esclavo una cosa, el señor podia disponer *mortis causa* del esclavo como cosa suya, y por lo mismo, ó legarle á cualquiera ó manumitirle. En testamento se manumitia directa ú oblicuamente. *Directamente*, siempre que se hacia con palabras imperativas, v. gr. *Estico sea libre*. *Oblicuamente*, cuando se hacia con palabras precativas, v. gr. *ruego a mi heredero que manumita á Estico* Por último se manumitia directa ó *espresamente*, cuando se hacia mencion de la libertad dada, con palabras, v. gr. *Estico sea libre*; ó *tácitamente*, cuando se conocia por algunas señales la voluntad del testador, aunque no hiciese en el testamento mencion de la libertad, v. gr. *mi esclovo Estico sea tutor de mis hijos*. El señor en este caso no dijo ni una palabra de dar la libertad al esclavo, y con todo, atendiendo á que el que quiere que Estico sea tutor, no puede ménos de querer que sea libre, pues que el esclavo no puede ser tutor; de aquí es que se cree manumitido tácitamente, §. 2. *Inst. Qui et ex quibus causis manum.*, §. 1. *Inst. Qui testament. tutorem dare possunt*. Por lo demas habia la diferencia entre el manumitido directa y oblicuamente, en que el primero no tenia patrono, y por eso se llamaba *liberto orcino*, porque su patrono estaba en el *orco* ó habia muerto, §. 3. *Inst. De sing. reb. per fideicommiss. relict.* Por el contrario, el manumitido oblicuamente tenia al heredero por patrono, y le debia los derechos de patronato; de los cuales se hablará en el §. 112.

§. C. La manumision *por vindicta* tuvo nombre de la vara del lictor, que se llamaba *vindicta*, de Vindicio, esclavo de los Vitelios, que habiendo descubierto una conju-

racion de ciertos jóvenes para hacer venir al rei Tarquino, en premio de aquel servicio fué manumitido por el senado con la ceremonia que en adelante se conservó. *Liv. l.* 2. *c.* 5. y *L.* 2. §. 33. *ff. De O. J.* Hacíase esta manumision del modo siguiente; 1° el siervo era conducido á la presencia del magistrado que tenia la accion de la lei, como el cónsul, pretor, procónsul: 2° el señor le mandaba dar una vuelta, y 3° dándole una bofetada decia: *quiero que este hombre sea libre.* 4° En seguida el lictor le daba un golpecito con la vara. Hechas estas formilidades era libre. Por eso Persio, *Sat.* 5. *v.* 75., dice:

Heu steriles veri, quibus una quiritem,
Vertigo facit.

Sidonio, *lib. II. ad Anthimium, v.* 545:

.... Donabis quos libertate quirites,
Quorum gaudentes expectant verbera malæ.

Persio, *ibid. v.* 88.

Vindicta postquam meus à prætore recessi.

En cuanto á lo demas se debe observar que esta ceremonia se trasladó posteriormente á los caballeros nobles, pues cuando servian en palacio, se llamaban *esclavos nobles*, y todavía en Inglaterra se llaman *knights*. Mas despues que el príncipe les daba con la espada, se hacian libres, y se llamaban *riddere*. Y los caballeros malteses, sanjuanistas y los de otras órdenes se crean en el dia con el espaldarazo ó percusion de la espada.

§. CI. Ninguna solemnidad requeria la manumision que se hacia *por carta*, mas que el señor confesase tansolo en una carta, que hacia libre á su esclavo. Pero Justiniano

mandó posteriormente firmaran la carta cinco testigos, *L. un.* § 1. *C. De latin. libert. toll.* La razon fué sin duda, porque los señores negaban alguna vez obstinada y pérfidamente haber escrito tal carta, ó porque los esclavos que se escapaban, procuraban contrahacer cartas de esta clase; cuyos inconvenientes creyó remediar Justiniano, mandando que cinco testigos estuviesen presentes á la manumision, y firmasen la carta.

§. CII. El siervo podia tambien ser manumitido *entre amigos* sin necesidad de carta, *L. un.* §. 2. *C. eod.* Esto lo introdujo Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades; pues así como es igual que el testador mande escribir el testamento, ó que esprese su voluntad á presencia de siete testigos, de la misma manera es idéntico que uno manumita al esclavo por carta firmada por cinco testigos, ó que lo haga sin carta á presencia de los testigos.

§. CIII. La manumision se hacia *por medio de un convite*, si el señor convidaba á comer á su esclavo, y le mandaba que se pusiese con él á la mesa. La razon es, porque de ciertas señales se colegia que se hacia tácitamente la manumision (véase el §. 99.); y parecia una señal ciertísima de que el señor queria que fuese libre un esclavo, el admitirle á su mesa. Porque es de notar que se tenia por indecoroso y cosa vergonzosa que el esclavo comiese con el señor; y así es que los esclavos no se recostaban con el señor en los lechos de mesa, sino en unos bancos, para estar prontos á servir á sus señores. Por esto en Plauto, *Stich. act.* 5, *scen.* 4, *v.* 21., dice un esclavo:

..... Potius in subselliis
Cynice accipiemur, quam in lectis.

Y Parásito, *ibid. act.* 3, *scen.* 2, *v.* 32:

Haud postulo equidem me in lecto accumbere
Scis, me imi subsellii esse virum.

Lo que es lo mismo que si dijese: basta el que permitas que coma con tus esclavos. No pudiendo pues comer los esclavos con sus señores, se presumia que el señor manumitia á los esclavos, á quienes mandaba comer consigo á la mesa.

§. CIV. Por la misma razon se juzgaba que era libre aquel, á quien el señor llama *hijo* en juício, §. 12. *Inst. De adop.* Antiguamente los romanos llamaban muchas vezes hijos á otros por cariño, como hacen los germanos, no porque los adoptasen por eso al momento, sino para manifestar su amor con este nombre. Si pues un señor llamaba así á su esclavo, á la verdad no se hacia este hijo suyo en aquel mismo instante, porque para la adopcion se requerian muchas mas solemnidades que la sola denominacion de hijo; pero los romanos colegian de allí que el señor queria muchísimo á este esclavo, y por eso le consideraban manumitido.

§. CV. Hasta aquí de los modos de manumitir. Pregúntase ya (III°) sobre el efecto de la manumision, y cuál era la condicion de los libertinos despues de ella? Primeramente hablaremos del derecho antiguo, §. 105, despues del derecho nuevo, §. 106 hasta el 109, y por último del derecho novísimo, §. 110.

1° Por el derecho antiguo todos los esclavos manumitidos ó libertinos se hacian *ciudadanos romanos*, y por esta razon se hacian partícipes de todos los derechos que gozaban los ciudadanos romanos, de manera que hasta podian asistir á los comicios. Por lo cual dice Ciceron, *pro Cornelio Balbo, c.* 24: *Servos denique, quorum vis et fortunæ conditio infima est bene de rep. meritos, persæpe libertate, i. e. civitate publicâ donatos esse videbamus.* Los esclavos debian

este beneficio al rei Servio Tulio que, habiendo sido de condicion libertina, habia subido á la dignidad régia, y acordándose de su condicion primitiva, mandó que los esclavos manumitidos fueran ciudadanos, *Dion. Halic. l.* 4. *p.* 126. Así se observó desde los tiempos antiguos hasta Augusto, bajo cuyo imperio y el de su sucesor Tiberio, fué cuando empezó á ser mas dura la suerte de ciertos libertinos.

§. CVI. En efecto, 2° por Derecho nuevo no todos los libertinos se hacian ciudadanos, sino que unos eran *dediticios* y otros *latinos*. Acerca de los dediticios se dió la lei *elia sencia* en el año 755 de Roma, por la cual se mandó que los esclavos que por algun delito fueran azotados, atormentados, marcados en la frente, ó que hubiesen sufrido algun otro castigo infame, no fueran ciudadanos despues de la manumision, sino dediticios, que era el nombre que se daba á los pueblos vencidos y subyugados por los romanos, cuya condicion era mucho mas dura que la de los ciudadanos romanos, *Liv. l.* 1. *c.* 37.

Dionisio de Halicarnaso, *l.* 4. *p.* 228, esplica mui bien la causa que movió á Augusto á empeorar la condicion de ciertos libertinos. Antiguamente no se manumitian mas que los esclavos buenos y morigerados; despues los señores empezaron á manumitir á los rateros, ladrones y envenenadores, en premio de las maldades cometidas de acuerdo con sus señores; de donde resultaba que Roma se corrompia con el contacto de estos hombres abominables. Para evitarlo en adelante, estableció Augusto por la lei elia sencia, que los libertinos, á quienes durante la esclavitud se hubiese impuesto la pena de ser azotados, atormentados ó marcados, no se hiciesen ciudadanos, sino dediticios.

§. CVII. Los libertinos *latinos* fueron introducidos por Tiberio, bajo cuyo imperio se dió la lei junia norbana en

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el año 771 de Roma, por la cual se mandó que todos aquellos que no fueran solemnemente manumitidos (véase el §. 95.), no se hiciesen ciudadanos romanos, sino *latinos*, §. 3. *Inst. h. t.* Latinos eran los pueblos que habitaban en el Lacio, los cuales eran algo de mejor condicion que las demas naciones vencidas; pero de mucho peor que los ciudadanos romanos. Así pues el que era manumitido, no por testamento, ni por censo, ni por vindicta, sino ménos solemnemente, por carta, entre amigos, por convite etc.; este no se hacia dediticio ni tampoco ciudadano, sino que se llamaba *latino* ó *latino juniano* del cónsul Junio, en cuyo consulado se dió la ley junia norbana.

§. CVIII y CIX. Así que desde estos tiempos eran de tres maneras los libertinos (1), unos se hacian ciudadanos, otros latinos y otros dediticios, §. 3. *Inst. h. t.* (a) *Ciudadanos* se hacian, cuando eran manumitidos por censo, en las sacrosantas iglesias, por testamento ó por vindicta. (b) *Latinos*, siempre que se manumitian ménos solemnemente, por carta, entre amigos, en un convite, ó por denominacion de hijo, con tal que no se les hubiese impuesto pena infamante por algun delito. (c) *Dediticios*, cuando ántes de la manumision habian sido azotados, atormentados ó marcados.

Era mui diverso su estado: (a) los ciudadanos gozaban de los derechos comunes, como de *casamiento* (pues podian casarse legítimamente, y sus hijos estaban en la patria potestad), de *los contratos* (pues podian comprar y vender en la ciudad los predios y todas las demas cosas), y de la *testamentifaccion* (pues podian testar, ser instituídos herederos y ser testigos en un testamento). (b) Los latinos tenian sí el derecho de los contratos, pero no de la

(1) En España ninguna diferencia se reconocia entre los libertinos: su condicion era igual, y comun á todos ellos la denominacion de *aforrados*, que les dan las leyes de Partida.

testamentifaccion ni del casamiento, á no ser que se les concediese espresamente. (c) Ninguno de estos derechos tenian los dediticios, ni esperanza alguna de alcanzar el derecho de ciudad; por lo cual únicamente se diferenciaban de los esclavos en que no tenian señor.

§. CX. Resta 3º hablar de lo que sucedia por Derecho novísimo. Por él (a) restableció Justiniano algunas costumbres antiguas, y quiso que todos los manumitidos fuesen ciudadanos; lo cual estableció en la *L. un. C. De lat. lib. toll.* y *L. un. C. De dedit. lib. toll.* (b) Concedió á todos los libertinos los derechos de ingenuidad, y mandó que no hubiese ninguna diferencia entre ingenuos y libertinos; y finalmente (c) dió á los libertinos el derecho de poder llevar anillos de oro, *Nov.* 78. *c.* 1., de cuyo adorno solo gozaban en otro tiempo los caballeros romanos. Es sabido que Aníbal, despues de la batalla de Cánas, envió á Cartago algunos modios de anillos de oro, para mostrar cuánta multitud de caballeros romanos habia muerto en aquella batalla, *Livio, lib.* 23. *c.* 2. *Floro, lib.* 2. *c.* 6. §. 18, *Valer Max. l.* 7. *c.* 2 *n.* 13. *exempl. ext.* Así que solos los caballeros llevaban antiguamente anillos de oro, y los príncipes daban esta insignia á los que admitian al órden ecuestre, *Suet. Cæs.* 37. *et* 39. *Vitell. c.* 12. *Tac. hist. l.* 1 *c.* 13. § 1. *et lib.* 2. *c.* 57. §. 5. Justiniano por consiguiente fué en sumo grado liberal, pues que no solo quitó aquella diferencia de libertinos, sino que los hizo ingenuos, y les concedió los anillos de oro, que antiguamente eran propios de los caballeros romanos.

§. CXI. Como antiguamente habia ciertos oficios entre el patrono y el liberto, que conservó Justiniano, se pregunta, (IVº) en qué consistian los derechos de patronato? (a) Su fundamento lo mostraremos en este párrafo, (b) y referiremos sus derechos en el siguiente.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion fingida*. Los romanos fingian que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porque les debian una especie de vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacian personas; de modo que debian á los patronos el beneficio de ser personas. Los patronos estaban por tanto en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aquí es que los libertos tomaban los nombres propios y los apellidos de sus patronos, como los hijos, v. gr. el siervo manumitido por Ciceron, ántes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en la *L.* 94. *ff. De legat.* 3. *L.* 88. §. 6. *De legat.* 2. *L.* 108. *ff. De cond. et demonst.*, donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas vezes legados á los libertos, con la condicion y mandato de que no dejasen el apellido del patrono.

§. CXII. De este fundamento se derivan (b) todos los derechos de patronato. Con efecto, siendo el liberto á manera de hijo del patrono, 1° debia á este obsequio y reverencia; por manera que así como el hijo nos podia citar á juicio al padre, á no pedir vénia al pretor, tampoco el liberto al patrono. *L.* 9. *ff. De obseq. patr.* 2° Estaba obligado á prestar ciertos servicios al patrono. Estos servicios eran *oficiales* ó *fabriles*. Los *oficiales* consistian en que el liberto acompañase por respeto al patrono, y le asistiese para servirle en los convites y otras solemnidades. Los *fabriles* consistian en el arte ú oficio que ejercia el liberto, de modo que si, v. gr. era sastre, hiciera los vestidos al patrono; si zapatero, el calzado; si cantero, sus casas, etc. El liberto estaba siempre obligado á prestar los servicios *oficiales*, aunque no los hubiese prometido, *L.* 9. §. 1. *ff. De oper. lib.*; pero los fabriles solo habiéndolos prometido con juramento, *L.* 6. *ff. eod.* 3° El patrono sucedia abintestato, como próximo agnado, al liberto, á no dejar este hijos, *pr. Inst. de success. libert.* 4° El liberto estaba obligado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, §. 3. *Inst. eod.*

§. CXIII. [No está en uso la doctrina de este párrafo.]

TÍTULO VI.

QUIÉNES NO PUEDEN MANUMITIR, Y POR QUÉ CAUSAS SE LES PROHIBE.

§. CXIV. En varias ocasiones dejamos dicho, que los esclavos eran tenidos por cosas entre los romanos. Y así pudiendo cada uno desamparar sus cosas y renunciar al dominio de ellas, se sigue que tambien puede manumitir á su antojo. Pero como, segun se ha observado arriba (§. 106.), los señores manumitian muchas vezes á esclavos mui malvados, lo cual redundaba en perjuicio de la república; y como tambien algunas vezes lo hacian los señores para defraudar á los acreedores, ó por otras causas feas, Augusto determinó moderar estas manumisiones, *Suet. Aug. c.* 40.; y lo hizo parte por la lei elia sencia, de la cual se trata en este título, y parte por la lei fusia caninia, que es la materia del título VII.

§. CXV. En el §. 109 hemos dicho ya cuándo se dió aquella lei. Aquí consideraremos dos de sus capítulos: por el primero se prohibia manumitir los esclavos en fraude de los acreedores, §. 115 hasta el 119; por el segundo, que los menores de veinte años manumitiesen, á no observar ciertas condiciones, §. 120 y 121.

§. CXVI. Acerca del primer capítulo se pregunta, 1° qué efecto tenia la manumision hecha en fraude de los acreedores? §. 116; 2° qué es manumitir en fraude de los acreedores? §. 117; 3° cuáles fueron las escepciones de

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion fingida*. Los romanos fingian que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porque les debian una especie de vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacian personas; de modo que debian á los patronos el beneficio de ser personas. Los patronos estaban por tanto en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aquí es que los libertos tomaban los nombres propios y los apellidos de sus patronos, como los hijos, v. gr. el siervo manumitido por Ciceron, ántes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en la *L.* 94. *ff. De legat.* 3. *L.* 88. §. 6. *De legat.* 2. *L.* 108. *ff. De cond. et demonst.*, donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas vezes legados á los libertos, con la condicion y mandato de que no dejasen el apellido del patrono.

§. CXII. De este fundamento se derivan (b) todos los derechos de patronato. Con efecto, siendo el liberto á manera de hijo del patrono, 1° debia á este obsequio y reverencia; por manera que así como el hijo nos podia citar á juicio al padre, á no pedir vénia al pretor, tampoco el liberto al patrono. *L.* 9. *ff. De obseq. patr.* 2° Estaba obligado á prestar ciertos servicios al patrono. Estos servicios eran *oficiales* ó *fabriles*. Los *oficiales* consistian en que el liberto acompañase por respeto al patrono, y le asistiese para servirle en los convites y otras solemnidades. Los *fabriles* consistian en el arte ú oficio que ejercia el liberto, de modo que si, v. gr. era sastre, hiciera los vestidos al patrono; si zapatero, el calzado; si cantero, sus casas, etc. El liberto estaba siempre obligado á prestar los servicios *oficiales*, aunque no los hubiese prometido, *L.* 9. §. 1. *ff. De oper. lib.*; pero los fabriles solo habiéndolos prometido con juramento, *L.* 6. *ff. eod.* 3° El patrono sucedia abintestato, como próximo agnado, al liberto, á no dejar este hijos, *pr. Inst. de success. libert.* 4° El liberto estaba obligado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, §. 3. *Inst. eod.*

§. CXIII. [No está en uso la doctrina de este párrafo.]

TÍTULO VI.

QUIÉNES NO PUEDEN MANUMITIR, Y POR QUÉ CAUSAS SE LES PROHIBE.

§. CXIV. En varias ocasiones dejamos dicho, que los esclavos eran tenidos por cosas entre los romanos. Y así pudiendo cada uno desamparar sus cosas y renunciar al dominio de ellas, se sigue que tambien puede manumitir á su antojo. Pero como, segun se ha observado arriba (§. 106.), los señores manumitian muchas vezes á esclavos mui malvados, lo cual redundaba en perjuicio de la república; y como tambien algunas vezes lo hacian los señores para defraudar á los acreedores, ó por otras causas feas, Augusto determinó moderar estas manumisiones, *Suet. Aug. c.* 40.; y lo hizo parte por la lei elia sencia, de la cual se trata en este título, y parte por la lei fusia caninia, que es la materia del título VII.

§. CXV. En el §. 109 hemos dicho ya cuándo se dió aquella lei. Aquí consideraremos dos de sus capítulos: por el primero se prohibia manumitir los esclavos en fraude de los acreedores, §. 115 hasta el 119; por el segundo, que los menores de veinte años manumitiesen, á no observar ciertas condiciones, §. 120 y 121.

§. CXVI. Acerca del primer capítulo se pregunta, 1° qué efecto tenia la manumision hecha en fraude de los acreedores? §. 116; 2° qué es manumitir en fraude de los acreedores? §. 117; 3° cuáles fueron las escepciones de

esta regla? §. 118 y 119. (Iº) Pregúntase pues, ¿qué efecto tuvo la manumision hecha en fraude de los acreedores? Sobre esto debe observarse la siguiente regla: *el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace* Los esclavos entre los romanos, como entre otras naciones, constituian una principal parte de las riquezas, porque siendo los esclavos cosas, no se juzgaba ménos rico aquel que tenia muchos esclavos que el que poseía rebaños, campos y heredades; y así el que v. gr, debia diez mil florines, y tenia diez esclavos, cada uno de los cuales podia ser vendido en mil, tenia con que pagar. Pero los deudores maliciosos, cuando se veían amenazados por los acreedores, solian manumitir á sus esclavos, y entónces no les quedaba con q e satisfacer á sus acreedores. Y porque semejante fraude era mui perjudicial, quiso Augusto que estas manumisiones fuesen nulas. Finalmente debe observarse, que en el Derecho es mui distinto ser una cosa *nula*, ó ser de la clase de las *que se deben rescindir*. *Nulo* se dice aquello que no tiene efecto sin la accion judicial, v. gr. la enajenacion hecha por el infante, mas la palabra *rescindir* se aplica á lo que en sí tiene efecto; pero se hace írrito por el juez, por cierta y calificada causa, v. gr la enajenacion de las cosas del menor, hecha con el consentimiento del curador. Esta enajenacion es verdadera en sí y tiene su efecto; pero si aparece que el menor ha sido perjudicado, el juez podrá rescindir la enajenacion, y dar al menor perjudicado la restitucion *in integrum*. Ahora bien, toda enajecion hecha en fraude de los acreedores no es nula, sino que se rescinde por el juez; y por esto compete á los acreedores la accion singular pauliana, para revocar lo que se ha enajenado en fraude suyo, §. 6, *Inst. De action*. Pero la manumision hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sino que *ipso iure* es nula. Aquí se pregunta, ¿por qué no es mejor el

que se rescinda por la accion pauliana? Resp. 1º Porque dada una vez la libertad, no se puede rescindir y quitar; y por esa las leyes prefieren declarar que no se ha dado. 2º Porque por la accion pauliana se revoca lo que ha sido enajenado por el poseedor, y en la manumision nada se ha enajenado, ni hai quien posea la esclavitud de que ha sido libertado el esclavo. Por eso no se podia favorecer á los acreedores de otra manera, que introduciendo el derecho de que nada hace el que manumite en fraude de los acreedores.

§. XVII. Se pregunta, (IIº) ¿qué es manumitir en fraude de los acreedores? Algunas vezes se llama *fraude* á cualquier dolo con que uno engaña á otro. Pero no todo engaño es malo, como sucede, cuando el médico persuade á un muchacho que aborrece las medicinas, que el medicamento que le da, es mas dulce que la miel. Solamente se llama dolo malo ó fraude, si uno engaña á otro dolosamente, de suerte que sufra por ello daño. v. gr si uno da á otro, sabiéndolo y con dolo malo, como si fuera de plata, una moneda de cobre plateada. Y para que haya fraude y se invalide la manumision, deben concurrir dos circunstancias; (a) ánimo, intencion ó voluntad de defraudar á los acreedores, esto es, que el deudor sepa que manumitiendo á los esclavos no tiene para pagar, y sin embargo los manumita. (b El efecto de no poder pagar á los acreedores, manumitidos los esclavos. Si cualquier de estos dos requisitos faltaba, no era nula la manumision: por ejemplo, si uno hace libre á su esclavo Estico de buena fe, creyendo que es tan rico que puede satisfacer á los acreedores, no obra en fraude de estos, porque le falta el ánimo ó intencion de defraudar. Y si uno manumite de treinta esclavos tres, y manumitidos estos queda tan rico que puede pagar á sus acreedores, tambien se juzga que no obró en fraude de los acreedores, porque no se siguió el

efecto, esto es, porque los acreedores no sintieron el daño.

§. CXVIII y CXIX. (III°)De lo que se ha dicho, se deduce fácilmente, qué escepciones tendria esta regla. Eran dos: (a) si uno se juzgaba mas rico de lo que era, y manumitia de buena fe al esclavo, se le debia perdonar. Y aquí pertenece la regla : *muchas vezes los hombres esperan de sus facultades mas de lo que estas permiten*, §. 3. *Inst. h. t.* Lo cual puede acontecer á los comerciantes, en cuyas negociaciones marítimas un viento hace á unos pobres y á otros ricos. 2° Si uno manumitia en testamento (1) á un esclavo único, y al mismo tiempo le instituía heredero, se le debia perdonar. La razon de la escepcion es esta : entre los romanos era ignominioso que los bienes del difunto fuesen vendidos y repartidos despues de la muerte por los acreedores. Véase á *Cic. Orat. pro. P. Quinct c.* 15. Por esta razon se permitia instituir heredero al esclavo, el cual, aunque heredero necesario, nada lucraba de la herencia, pues el único objeto era que los bienes fuesen vendidos, no en nombre del difunto, sino del esclavo instituído heredero, y que así no padeciese la fama del difunto.

§. CXX. Sigue ahora el último capítulo, en donde se trata de que el menor de veinte años no podia manumitir, á no observarse ciertas condiciones. 1° El motivo de esta lei fué el fraude de los esclavos, pues si el heredero era todavia mancebo, le servian de ausilio en los amores impuros y otras voluptuosidades, y despues en premio esti-

(1) En España si los bienes del testador que instituyó por heredero á un siervo propio, no bastaban para pagar las deudas y legados, cualesquiera bienes del instituido por heredero, aún los adquiridos despues de la muerte del testador, quedaban sujetos á la paga, segun la *L.* 2. *tit.* 3. *Part.* 6. Y aunque en la *L.* 24 *del mismo tit. y Part.* se concede al señor insolvente instituir por herederos algunos esclavos, esto no se ha de entender en el sentido de que los así instituidos puedan conseguir á un mismo tiempo la libertad, sino solo en el concepto de que faltando uno, el otro que queda, se hace libre y heredero: pues para que no se vulnere la fama del difunto, que es el fin de la lei basta que exista un heredero.

pulaban para sí la libertad ; de lo que se hallan ejemplos en Plauto y Terencio. Y como los señores fuesen reducidos de este modo á la pobreza, no sufrió Augusto que los menores de veinte años manumitiesen sin observar ciertas condiciones. 2° Y cuáles fueron estas? (a) Que la manumision se hiciese por vindicta, porque así debia hacerse á presencia del magistrado (véase el §. 100), y este podia conocer si se debia ó no conceder la manumision. (b) Que se hiciese públicamente en el consejo, esto es, presentes los asesores del pretor ó del próconsul ; lo cual á no ser en este caso, no era necesario, porque los esclavos podian ser munumitidos al paso, como cuando el pretor ó el presidente iban al baño ó al teatro, §. 2. *Inst. De libertin.* (c) Que se espresase la causa; esto es, que el mancebo diese la razon por que queria manumitir aquel esclavo, y por qué causa merecia aquel beneficio. Una vez calificada de justa la causa, era válida la manumision, aunque despues apareciese ser falsa. La razon está en el §. 116, y es, que dada una vez la libertad, no se puede quitar.

§. CXXI. Finalmente, supuesto que el amo jóven no podia manumitir á no ser por justa causa, se pregunta cuáles eran estas justas causas ? Resp. Parecia justa causa de manumision 1° el parentesco, v. gr. si uno manumitia á su padre, madre, hijo, hija, hermano ó hermanas. Pues qué, ¿ podia acaso uno tener tambien por esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Mui bien podia suceder, porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituía heredero á Siro. Entónces Estico, padre de Siro, y Dabo, hijo de Siro, y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues podia manumitirlos legítimamente por conmiseracion. 2° Algun particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. 3° Cualquier particular afecto, v. gr. si uno

manumitiese á su alumno, alumna ó á su hermano de leche. 4° Un fin particular, v. gr., el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podia ser procurador ni el ingenuo podia casarse con la esclava, aunque podia hacerlo con una liberta. Véase el §. 162.

§. CXXII. Justiniano derogó la segunda parte de esta lei en el §. *últ. Inst. h. t.*, donde da razones bastante absurdas para esta derogacion. Así pues por Derecho nuevo pueden manumitir entre vivos los adolescentes, con tal que tengan diez y siete años, y no están obligados á dar las razones, ni á manumitir precisamente por vindicta ni en el consejo. Por testamento pueden manumitir los púberes, esto es, los que han cumplido catorce años de edad, *Nov.* 119, *c.* 2.

TÍTULO VII.

LEI FUSIA CANINIA REVOCADA.

§. CXXIII y CXXIV. Hemos dicho arriba (§. 114) que Augusto restringió la libertad de manumitir por dos leyes; la elia sencia y la fusia caninia. Hasta aquí hemos tratado de la primera en el título VI; síguese ya la otra. Acerca de ella se pregunta, 1° por qué se dió, y cuándo? § 123 y 124; 2° qué se mandó por ella? § 125; 3° si está todavía en uso? §. 126.

I°. Se pregunta, por qué, y cuándo se dió? Resp. Por que los romanos moribundos eran escesivamente liberales en manumitir los esclavos. En efecto, 1° los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte por que no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas vezes de que las adquieran los herederos. 2° Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio de Halicarnaso en estos términos: *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post*

mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in quâ pompâ quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi orbis imperium, talibus contaminari civibus. Como sucediese pues que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de manumitir, *Suet. Aug.* §. 40, y lo hizo en el año de 751 por la lei fusia caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta lei el nombre de fusia caninia, pues los antiguos decian Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papirius, *L.* 2. §. 36. *ff. De o. j.*

§. CXXV. II°. Signe el otro punto: qué se mandó por esta lei? Resp. 1° Que no se pudiese manumitir en testamento mas que parte de los esclavos. Y se debia observar esta proporcion: desde uno hasta diez esclavos, se podia manumitir la mitad; de once á treinta la tercera parte; de treinta y uno hasta quinientos la quinta parte; y el que tenia mas, no podia manumitir sino ciento. 2° Que si manumitia muchos, solamente eran libres los primeros, los demas permanecian en la esclavitud.; v. gr. uno tenia cinco esclavos, y manumitia á Siro, Dabo, Estico, Dromon: los dos primeros eran libres, porque solamente podia por esta lei ser manumitida la mitad; Estico y Dromon permanecian esclavos. Como los señores supieran esto, solian en el testamento escribir los nombres en un círculo, para que no se pudiera saber quién era el primero, el segundo ni el último. Pero Augusto lo precavió, mandando, 3° que entónces ninguno consiguiese la libertad, sino que todos permaneciesen esclavos.

§. CXXVI. III°. Á la última pregunta responderemos en pocas palabras, que ningun uso tiene hoi dia esta lei, por

harberla quitado Justiniano como envidiosa é inhumana, §. *un. Inst. h. t.*, no obstante que era utilísima á la república. De paso debe notarse que por decir Justiniano de esta lei, que es en cierto modo envidiosa, Acursio soñó en la glosa, que recibia su nombre de la palabra *canis* (perro). *Nam canis servat naturam qui stat in paleâ, qui nec sibi potest habere paleam nec alii permittit accipere ; sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito* caninia *dicitur, ut sit consequens nomen rei.* Graciosamente por cierto! (1)

TÍTULO VIII.

DE LOS QUE SON DUEÑOS DE SÍ MISMOS (*sui juris*), Y DE LOS QUE ESTÁN SUJETOS Á POTESTAD AJENA (*alieni juris*).

§. CXXVII y CXXVIII. Hemos concluído la primera division de las personas, segun la cual unos hombres son libres, otros esclavos, y los libres, ingenuos ó libertinos;

(1) En el dia no se reconoce en España la servidumbre, y por consiguiente poco ó ningun uso tienen las leyes antiguas que tratan de este materia, y que fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando por efecto de las continuadas guerras entre cristianos é infiéles, era grande el número de esclavos que se hacia. — Aúnque la diferencia que respecto de los hombres libres establecian los romanos entre los ingenuos y libertinos, no tenga uso en España, reconocemos otras divisiones, como el que unos son eclesiásticos, otros seglares ó legos. De los eclesiásticos los unos son regulares, que han profesado en alguna religion aprobada; y los otros seculares, que viven entre los legos sin estar ligadosá ninguna religion por los tres votos. Ademas unas personas son nobles, otras plebeyas, unos son vecinos y otros transeuntes, etc., etc. Y estas personas, segun la clase ó categoría á que pertenecen, gozan de mui distintos derechos. Por lo que acabamos de manifestar se conocerá, que en España no tienen aplicacion alguna las doctrinas de los títulos IV, V, VI, VII et VIII.

de todos los cuales hemos tratado estensamente desde el título III hasta el VI. Síguese ya la otra division de los hombres. Unos son dueños de sí mismos (*sui juris*), y otros sujetos á potestad ajena (*alieni juris*). Pudiera alguno pensar que esta division coincide con la primera, y creer que los hombres libres son los que se llaman *sui juris*, y los esclavos *alieni juris*. Pero esta division es mui diversa de la de arriba, porque los hijos é hijas de familia están sujetos á potestad ajena, y sin embargo no son esclavos, sino personas libres. Ante todas cosas pues se deben definir las personas *sui juris*, y las *alieni juris*. *Sui juris* ó dueños de sí mismos son aquellos que no están sujetos ni á la potestad señoril ni á la patria, y estos se llaman *padres de familia*, de cualquier edad que sean, v. gr. el infante que llora todavía en la cuna, es padre de familia, si no tiene padre ni señor. Por el contrario *alieni juris*, ó sujetos á potestad ajena, son todos aquellos que están en la patria potestad (y estos se llaman *hijos* ó *hijas de familia*), ó en la señoril (que se llaman *esclavos* y *esclavas*). En este título se trata de la potestad señoril, y en el siguiente de la patria.

§. CXXIX. De la *potestad señoril* se debe saber, 1º cuál es su fundamento? §. 129; 2º en qué consista? §. 130; 3º si recibió alguna variacion? §. 131.

1º. El fundamento de la potestad señoril es el estado de los esclavos. Como estos no son personas sino cosas, y las cosas están en el dominio, el esclavo está en el dominio de su dueño de igual modo que el buei, el caballo ó un jumento, de los cuales se diferenciaban poco los esclavos por Derecho romano, como hemos dicho arriba en el §. 77 y 80. De este principio nace la regla: *los mismos derechos que competen al señor en su cosa, le competen en el esclavo.*

§. CXXX. IIº. De este axioma se derivan todos los

derechos de los señores respecto de los esclavos. 1º Porque al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos; pues así como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo, §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas y arrojados á las piscinas. Véase á *Séneca, De ira, l.* 3. *c.* 40. *De clementia, c.* 18. *Plinio, Hist. n. l.* 9. *c.* 24. 2º Los esclavos eran objetos de comercio, de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título trasferidos á otro, del mismo modo que un buei, un caballo etc. 3º Todo lo que adquirian los esclavos, lo adquirian para sus señores, y era de estos igualmente que lo que adquirian los bueyes, caballos etc., pues aunque los esclavos tenian peculio, que los miserables adquirian á costa de mil privaciones, podian no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio, *Phorm. act.* 1. *scen.* 1. 9. dice:

Quod ille unciatim vix de demenso suo,
Suum defraudans genium, comparsit miser,
*Id illa (*hera*) universum abripiet, haud existimans*
Quanta labore partum.

§. CXXXI. IIIº. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte, del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion, que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal, *Séneca, l. c.* Así que por Derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.*, y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. De emend. serv.*; y aún se imponia pena estraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona

Umbricia, relegada por Adriano por cinco años, porque trataba cruelísimamente á las esclavas por las mas leves causas, *L.* 2. §. *ult. ff. De statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen, y que el dinero se entregase al señor, para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Julio Sabino, que, castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estatua del príncipe, como á un asilo, §. 2. *Inst. h. t.*

§ CXXXII. [La doctrina de este párrafo no está en uso.]

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

§. CXXXIII y CXXXIV. Hemos hablado de la potestad señoril. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad ajena, por eso se trata aquí de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de Derecho de gentes*, ó *de Derecho romano* (1). 1º Aquella es comun á todos los hombres; esta es tan propia de los romanos, que Justiniano escribia; *Nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.* §. 2. *Inst. h. t.* 2º La potestad del Derecho de gentes es comun á padre y

(1) En España la patria potestad de Derecho civil se diferencia poco de la que concede el Derecho de gentes. Esta es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro, *L.* 5. *tit.* 19. *Part.* 4. Aquella compete al padre, *L.* 2. *tit.* 17. *Part.* 4., así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el Derecho, que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L.* 3, *al fin, tit.* 20. *Part.* 2. Véanse las *Inst. de Alvarez*, tit. 9. *del lib.* 1.

derechos de los señores respecto de los esclavos. 1º Porque al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos; pues así como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo, §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas y arrojados á las piscinas. Véase á *Séneca, De ira, l.* 3. *c.* 40. *De clementia, c.* 18. *Plinio, Hist. n. l.* 9. *c.* 24. 2º Los esclavos eran objetos de comercio, de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título trasferidos á otro, del mismo modo que un buei, un caballo etc. 3º Todo lo que adquirian los esclavos, lo adquirian para sus señores, y era de estos igualmente que lo que adquirian los bueyes, caballos etc., pues aunque los esclavos tenian peculio, que los miserables adquirian á costa de mil privaciones, podian no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio, *Phorm. act.* 1. *scen.* 1. 9. dice:

Quod ille unciatim vix de demenso suo,
Suum defraudans genium, comparsit miser,
*Id illa (*hera*) universum abripiet, haud existimans*
Quanta labore partum.

§. CXXXI. IIIº. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte, del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion, que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal, *Séneca, l. c.* Así que por Derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.*, y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. De emend. serv.*; y aún se imponia pena estraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona

Umbricia, relegada por Adriano por cinco años, porque trataba cruelísimamente á las esclavas por las mas leves causas, *L.* 2. §. *ult. ff. De statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen, y que el dinero se entregase al señor, para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Julio Sabino, que, castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estatua del príncipe, como á un asilo, §. 2. *Inst. h. t.*

§ CXXXII. [La doctrina de este párrafo no está en uso.]

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

§. CXXXIII y CXXXIV. Hemos hablado de la potestad señoril. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad ajena, por eso se trata aquí de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de Derecho de gentes*, ó *de Derecho romano* (1). 1º Aquella es comun á todos los hombres; esta es tan propia de los romanos, que Justiniano escribia; *Nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.* §. 2. *Inst. h. t.* 2º La potestad del Derecho de gentes es comun á padre y

(1) En España la patria potestad de Derecho civil se diferencia poco de la que concede el Derecho de gentes. Esta es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro, *L.* 5. *tit.* 19. *Part.* 4. Aquella compete al padre, *L.* 2. *tit.* 17. *Part.* 4., así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el Derecho, que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L.* 3, *al fin, tit.* 20. *Part.* 2. Véanse las *Inst. de Alvarez*, tit. 9. *del lib.* 1.

madre: la potestad del Derecho romano compete solamente al padre, no á la madre, en cuya potestad no están los hijos. 3° La potestad del Derecho de gentes permite á los padres solamente aquellas cosas que son necesarias para educar los hijos, v. gr. que puedan dirigir sus acciones, castigarlos etc.; mas el Derecho romano daba á los padres varones la misma potestad en los hijos, que daba á los señores en los esclavos. 4° Finalmente la patria potestad del Derecho de gentes espira cuando los hijos se establecen aparte de sus padres; y la patria potestad romana no se concluía mas que por la muerte, ó si el padre emancipaba á los hijos. Se ve pues la gran diferencia que média entre una y otra potestad. Nosotros trataremos de la patria potestad romana, y espondremos, 1° su fundamento, §. 135 hasta el 137; 2° los efectos, §. 138 y 139; 3° las variaciones, § 140 al 143; 4° los modos de adquirir la patria postestad, §. 144.

§. CXXXV, CXXXVI y CXXXVII. 1° El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia á otros que á los quirites, esto es, á los ciudadanos romanos, §. 2. *Inst. De jur. nat. gent. et civili.* Se debe observar 1° que los hijos no fueron personas respecto del padre, sino cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas: los hijos eran personas respecto de todos los otros hombres, ménos respecto del padre. 2° Y como respecto de este fuesen cosas, no personas, estaban en el dominio del padre: y por eso podian ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas, *L.* 1. §. 2. *ff. De rei vindic.*; ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L.* 14. §. 13. y *L.* 38. §. 4, *ff. De furt.* Finalmente los hijos, como cosas, podian ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bunkershoeck* enseñó el primero en el tratado *De jure occidendi liberos, c.* 1. *p.* 145. *Patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris quiritium vel quiritarium.* 3° De aquí nace el axioma, que los padres usaban en los hijos por Derecho romano la misma potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas. Y aún era mas dura la condicion de los hijos que la de los esclavos, en cuanto estos no podian ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez, se hacian libres; miéntras los hijos podian ser vendidos tres vezes por el padre, y manumitidos dos vezes, volvian no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la patria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se derivan todos los efectos de la patria potestad.

§. CXXXVIII. II°. Estos efectos son de dos géneros; los unos se derivan del dominio quiritario, de los cuales se trata en el §. 137; los otros de que los hijos é hijas no son personas respecto del padre; de lo que se hablará en el §. 139. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritario, son estos, 1° que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte, *L.* 11. *ff. De lib. et posth., Dion. Halic. l.* 11. *p.* 96. Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto mas bien que tener derecho *de vida y muerte*, seria una *injusticia*), sino del derecho y facultad con que el padre, como juez doméstico, puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al magistrado. De este modo castigaron los padres á C. Casio, *Val. Max. l.* 5. *c.* 8, á Escaura, *V. Max. ib.* §. 2. y á Fulvio, *Sall. De bello catil. c.* 39. 2° Que se permitia al padre vender tres vezes á los hijos, por manera que vendidos dos vezes, y manumitidos otras tantas por el comprador, volvian sin embargo á la patria potestad, y no salian de ella, á no ser por la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tercera manumision, *Dion. Halicarn. l.* 11. *p.* 97. 3° Que el hijo podia ser dado *noxæ*, §. 7. *Inst. De nox. act.* Esta frase *noxæ dare* significaba entregar, para satisfaccion del dañado, al esclavo ó hijo que habia cometido un delito privado, como hurto, rapiña, daño, injuria. Los padres estaban obligados, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querian, podian poner al hijo bajo la esclavitud del que habia recibido el daño ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. 4° Que todo lo que adquirian, igualmente que los esclavos, lo adquirian antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *lib. II, tit.* 9. Que esta potestad se estendia á los nietos y biznietos de los hijos varones (1); pues siendo así que de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por la cual los hijos de los esclavos están bajo la potestad señoril), los hijos de los hijos están en la misma potestad en que se hallan estos constituídos.

NOTA. Esto es cierto respecto de los nietos de hijos, pues las hijas pasan por el casamiento á otra familia; y de aquí es que los hijos nacidos de ellas no están en la potestad del abuelo materno, sino en la de su padre, ó en la del abuelo paterno, si vive todavía.

§. CXXXIX. Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sino cosas. De este principio se sigue 1° que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. De pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacia todas las cosas en lugar del hijo, y el hijo podia estipular para

(1) En España los nietos no están bajo la postestad del abuelo, por cuanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden del mismo hijo; mas para que la emancipacion de los hijos se verifique por el matrimonio, son necesarias las relaciones. Véase la *L.* 3 *tit.* 5. *lib.* 10. *de la N. R.*

el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados, pues *en los públicos* el hijo de familia era tenido por padre de familia; y así el hijo podia ser tutor, cónsul, pretor, *L.* 9. *ff. De his, qui sui vel etc.* 2° Que no habia ninguna accion entre el padre é hijo de familia, ninguna obligacion, ningun litigio, ningun contrato; pues nadie puede contratar ó litigar consigo mismo, *L.* 4 *ff. De judic. L.* 6. *Inst. De inutil. stipul.* 3° Que el padre podia dar á sus hijos tutor en el testamento, §, 3. *Inst. De tutor.*; pues estando los hijos en el domino del padre (§. 136.), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, el padre podia tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debian ser regidos despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio se infiere tambien, 4° que los padres pueden sustituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer así en el testamento: mi hijo sea heredero, y si llega á morir dentro de la pubertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. De pup. subst.* 5° Que no pueden ni casarse, ni recibir préstamos, ni hacer ninguna otra cosa de importancia sin el consentimiento del padre.

§. CXL. III°. Sin embargo esta patria potesdad romana sufrió varias mudanzas, 1° acerca del derecho de vida y muerte, § 140; 2° acerca de la venta de los hijos, §. 141; 3° acerca de lo adquirido por los hijos, §. 142; y 4° acerca de la entrega del hijo para satisfacer al dañado, §. 143.

1° Es de notar la primera variacion respecto del derecho de vida y muerte, pues (a) ya no puede el padre matar á los hijos, sino castigarlos moderadamente, *L.* 3. *C. De patr. potest. L. un. C. D emend. serv.* (b) Ya no castiga el mismo padre á sus hijos reos de un crímen, sino el juez, á quien el padre puede prescribir la sentencia que debe ejecutar el juez, *L.* 3. *C. De pat. potest.* De aquí es que, aún cuando antiguamente no podia el padre cometer

parricidio con los hijos (*Véase L. 1. ff. ad L. pvmp. De parric.*), hoi dia deberia ser castigado como parricida, si matase al hijo ó hija. Es mui prudente la razon de esta mudanza, pues ó el padre es indulgente, ó cruel, ó varon justo. Si indulgente, perdonará con facilidad al hijo, aunque sea mui malvado: si cruel, fácilmente abusará de su derecho en el hijo, aunque sea inocente; y finalmente, si es varon justo, ejercerá con sumo dolor la justicia contra sus hijos. Es conocido el ejemplo de Dracon, legislador ateniense, que habiendo dado una lei, por la cual mandaba sacar los ojos al adúltero, convencido su hijo de este delito, rogó que le sacaran á él uno, y otro á su hijo. Por eso es mas acertado que se ejerza este derecho por el magistrado, que por el padre.

§. CXLI. 2º La otra novedad se hizo acerca del derecho de vender los hijos. Porque por la notable lei de Constantino el Grande, *L.* 36. *C. De patr. qui fi. distr.*, (a) no puede el padre ejercer siempre este derecho, sino sobreviniendo una estremada pobreza, y cuando no puede alimentar á sí y á su hijo. (b) No puede el padre enajenar á cualquier hijo, sino solamente al recien nacido. Pregunto, por qué solamente al recien nacido? — Porque apénas era probable que hallase comprador. ¿Quién iria á comprar un esclavo, para quien era necesaria una nodriza, y que ningun trabajo podia prestar en muchos años?

§. CXLII. 3º La tercer variacion pertenece á lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoi todas las cosas que tiene el hijo, sino que hai gran diferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

§. CXLIII. 4º En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoi dia para satisfacer al que ha sufrido un daño, § 7. *Institut. h. t.* 5º Raras vezes compete hoi al abuelo la potestad sobre los nietos en vida del padre, por-

que actualmente son mui pocos los hijos que se casan no pudiendo mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entónces salen tácitamente la mayor parte de las vezes de la patria potestad (Véase el §. 199). Los demas efectos del derecho de la patria potestad aún están en observancia.

§. CXLIV. IVº. Resta hablar de los modos de adquirir la patria potestad; en cuyo punto hai grande analogía entre los esclavos y los hijos, quienes por Derecho romano se diferenciaban mui poco de los esclavos, segun dijimos en el §. 137. Así como los esclavos, ó nacen, ó son hechos esclavos, §. 81, del mismo modo los hijos, ó nacen, ó se hacen tales. *Nacen* de legítimas nupcias; porque debe observarse esta regla: *padre es aquel á quien demuestran por tal las nupcias legítimas;* con tal que haya nacido el hijo en tiempo legítimo, á saber, á los siete meses de haberse casado el padre, *L.* 6. *ff. De his, qui sui vel etc.*, ó al décimo de su muerte, *L.* 3. §. *pen. ff. De suis et legit. hered. Se hacen* por la *adopcion* ó por la *legitimacion*. Siendo pues tres los modos de adquirir la patria potestad, *nupcias*, *legitimacion* y *adopcion*, se trata de las nupcias en el título X, de la legitimacion en el mismo, y de la adopcion en el título XI (1).

(1) Los mismos modos se reconocen en España por la *L.* 4. *tit.* 17. *Part.* 4. *Arg. de las LL.* 1 *y* 2. *tit.* 17. *Part.* 4. y la *L.* 4. *del mismo tit. y Part.* Estas leyes cuentan ademas entre los modos de adquirir la patria protestad, la ingratitud grave del hijo emancipado, y la sentencia dada en el pleito en que se disputare sobre si uno es padre y otro hijo.

En la actualidad las obligaciones del padre de familia en España, han quedado reducidas á alimentar y educar á los hijos, á tener que instituirlos herederos, no habiendo justa causa de desheredacion; y los derechos consisten en adquirir pos ciertos títulos por medio de sus hijos, darles elconsentimiento para contraer matrimonio, si son menores de 25 años los varones, ó de 23 las hembras, y para que com-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

§. CXLV. Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad;* por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los derechos en razon de las nupcias, pues unas son legítimas por Derecho natural y de gentes, otras por Derecho canónico, otras por Derecho civil, y otras por Derecho de los protestantes; v. gr. el Derecho natural prescinde absolutamente de los ritos nupciales; el Derecho canónico los juzga necesarios, porque, segun la opinion de los católicos, el matrimonio es un sacramento; el Derecho civil cree que las nupcias solo consisten en el consentimiento; finalmente el Derecho de los protestantes desecha la doctrina del sacramento, y solo permite al magistrado que intervenga en los ritos nupciales. Para no tratar confusamente todas estas cosas, consideraremos por separado estos derechos, y examinaremos 1° qué son nupcias, §. 146 y 147; 2° con qué ritos se celebran, §. 148; 3° qué personas pueden contraer matrimonio, §. 149 hasta el 163; y 4° cuál es la pena de las nupcias ilegítimas, § 164.

§. CXLVI. (I°) En cuanto á *la definicion de las nupcias*, de distinta manera las definen los doctores del Derecho natural, del canónico, del civil y del protestante. 1° *Por Derecho natural* las nupcias son *la union de varon y de hembra, dirigida á procrear hijos.* De aquí es que por Derecho natural no se pregunta, si deben unirse dos ó

parezcan en juicio, nombrarles tutor, sustituirles pupilarmente, sucederles abintestato, cuando no dejan descendientes, ser en el mismo caso herederos forzosos de las dos terceras partes de la herencia, desheredarlos, cuando hai justa causa, y mejorar en tercio ó quinto á los descendientes que elijan.

mas personas, si estas dos personas pueden ser cognadas ó afines, si la union debe ser perpetua etc., pues todas estas cosas se han introducido por las leyes civiles. Por Derecho natural basta que se consiga el fin, que es *la procreacion de la prole.* Así que por Derecho natural fueron legítimas las nupcias entre los hijos de Adan, esto es, entre hermanos y hermanas, porque entónces no habia leyes que prohibiesen semejantes matrimonios. 2° *Por el Derecho canónico* las nupcias son *un sacramento propio de los legos, por el cual el varon y la mujer se unen segun los preceptos de la Iglesia.* Llaman á las nupcias sacramento, por ser sabido que los católicos establecen siete sacramentos, entre los cuales cuentan el matrimonio. Dicen que es un sacramento *propio de los legos*, porque está prohibido el matrimonio á los clérigos. Dicen, *por el cual se unen el varon y la mujer segun los preceptos de la Iglesia*, pues no permiten á los magistrados juzgar de las nupcias, porque son un sacramento, ni dar leyes sobre él; sino que juzgan que el conocimiento de esto pertenece á las Iglesia, esto es, al pontífice y á los obispos. 3° *Por Derecho civil* son las nupcias *la union del varon y la hembra, consorcio de toda la vida y comunicacion del derecho divino y humano, L. 1. ff. De rit. nupt.* Llaman *union* al matrimonio, porque por Derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aún cuando no intervenga el concúbito; á cuyo propósito pertenecen los notables testos de la *L.* 5. *L.* 6. *ff. De rit. nupt. Union del varon y la hembra*, pues á los romanos les estaba prohibida la poligamia simultánea, § 6. y 7. *Inst. h. t.* Añaden, *consorcio de toda la vida*, pues la mujer estaba obligada á vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases, *domum ducere, uxorem ducere.* Y finalmente, *comunicacion del derecho divino y humano*, porque los romanos tenian sus dioses domés-

ticos, á quienes llamaban Lares y Penates; y las mujeres se hacian pratícipes de estos misterios domésticos. 4° Últimamente para los *protestantes* son las nupcias *una sociedad de varon y hembra, indisoluble, é instituída por voluntad de Dios para la procreacion de la prole y el mutuo ausilio de la vida.* Se llaman las nupcias *sociedad de varon y hembra*, segun las palabras del Gén. c. 2. v. 24; *sociedad indisoluble*, segun san Mateo, c. 19, v. 6; *instituída por Dios*, segun el Gén. c. 2. v. 21; se añade, *para la generacion de la prole*, segun el Génes. c. 1. v. 28; *y el mutuo ausilio de la vida*, segun el Génes. c. 2. v. 18.

§. CXLVII. De estas definiciones nacen los diversos fundamentos que hai para decidir las causas matrimoniales. Porque 1° el Derecho natural las decide *por el fin del matrimonio*; todo lo que á él repugna, es ilegítimo, v. gr. el matrimonio del eunuco. 2° El Derecho romano las decide *por la honestidad* y *las leyes civiles*. De aquí es, v. gr. que nadie puede casarse con su hija adoptiva, no obstante que no hai ningun impedimento de consanguinidad. 3° El Derecho pontificio las decide *por los preceptos de la Iglesia*. Por eso, v. gr. no permite el matrimonio á los clérigos. 4° Los protestantes lo aplican todo al *Derecho divino* revelado en las sagradas Escrituras Estos diversos fundamentos producen tambien doctrinas diversísimas.

§. CXLVIII. Hasta aquí se ha tratado de la definicion de las nupcias. Síguense ya (II°) las ceremonias con que se suele contraer el matrimonio. Y se debe saber aquí, 1° que por Derecho romano el solo consentimiento hace las nupcias, no el concúbito, ni el llevarse el marido á su casa la mujer; lo cual no es mas que el complemento de las nupcias. De aquí es que el ausente puede casarse con la ausente, *L.* 5. *ff. De rit. nupt.*, y muerto el ausente ántes del concúbito, debe su mujer dar muestras de sentimiento, *L.* 6. *ff. de eod.* Por eso valen tambien los pactos dotales inmediatamente despues de las nupcias, aunque muera la esposa ántes de entrar en el lecho nupcial. 2° Mas por Derecho canónico se requiere ademas del consentimiento la bendicion sacerdotal. Porque si no interviene esta, el matrimonio será *válido* pero no *legítimo*, *c.* 7. y *c.* 8. *X. De divortiis*; es decir, que semejante matrimonio tiene efectos civiles entre los católicos, pero no efectos clesiásticos. La Iglesia no los reconoce por cónyuges. 3° Qué sucede entre los protestantes? Resp. Estos (a) requieren el consentimiento, sin el cual no puede haber nupcias, *L.* 2. *ff. De rit. nupt.* (b) Requieren tambien las ceremonias de cada pueblo, v. gr. las proclamas públicas etc. (c) No observándose estas ceremonias, el matrimonio ni es legítimo, ni válido. De aquí es que son castigados como concubinarios los que contraen matrimonio clandestino sin la bendicion eclesiástica, al cual llaman los franceses *un mariage de conscience*.

§. CXLIX. Se pregunta, (III°) qué personas pueden contraer nupcias? Nótense aquí los requisitos que siguen: 1° que el varon sea púber, esto es, que tenga catorce años, *pr. Inst. h. t.* (1), pues de otra manera se cree que no es apto para el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y el mutuo ausilio. Es verdad que el Derecho canónico concede tambien las nupcias cuando, como dicen, la malicia suple la edad, *c.* 3. *X. De spons. imp.*; pero los protestantes no admiten esta doctrina respecto de los simples particulares. Tambien se conceden las nupcias á los príncipes impúberes, mas con la condicion de que se dilate su complemento por el concúbito hasta los años de

(1) Para que pueda contraerse matrimonio, debe el varon tener años y la hembra 12, á no ser que estén mui próximos á esta edad de manera que puedan juntarse carnalmente, *L.* 6. *tit.* 1. *Part.* 4.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la pubertad. 2º Que uno se case con una, y una con uno; porque todos los Derechos condenan la poligamia, escepto el Derecho natural. Del Derecho civil consta por el §. 6, 7. *Inst. De nupt.*, del Derecho divino por san Mateo c. 19, v. 8. y del Gén. c. 2. v. 24.

§ CL, 3º El tercer requisito es que sean ciudadanos los que contraigan nupcias, *pr. Inst. h. t.* Porque entre los esclavos no habia nupcias, sino contubernio, y entre los estranjeros, matrimonio, *L.* 13. §. 1. *ff. Ad leg. jul. de adult* (1) Es decir, que los estranjeros tenian mujeres, aunque esta union no producia los mismos efectos que las nupcias de los romanos, porque ni habia dote, ni los hijos procreados de un semejante matrimonio estaban en la potestad del padre. En suma todos los hombres podian contraer el matrimonio del Derecho de gentes, pero no las nupcias del Derecho civil; diferencia que no existe en el dia. 4º Que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre, en cuya postestad están. (2) Entre los romanos (a) debia preceder el consentimiento del padre *pr. Inst. h. t.*; (b) las nupcias contraídas sin él eran nulas; (c) el hijo del furioso, por Derecho antiguo, no podia casarse en vida de su padre, *pr. Inst. h. t.* Hoi dia exigimos el consentimiento de ambos padres, y aún del curador; pero no tan rigurosamente.

§. CLI. El quinto requisito es que las personas puedan

(1) La *L.* 1. *tit.* 5. *Part.* 4. reconoce matrimonio entre los siervos.

(2) La *L.* 18. *tit.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.* dispone que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre. Los hijos que han cumplido 25 y las hijas que han cumplido 23, no necesitan pedir al padre su consentimiento. La autoridad del padre, faltando este, pasa á la madre; pero entónces la libertad de los hijos para casarse viene un año ántes. Esta autoridad va pasando progresivamente al abuelo paterno, al materno, al tutor y al juez del domicilio, disminuyéndose á proporcion el número de los años que bastan para que no sea preciso el consentimiento, segun mas por menor se esplica en dich

unirse segun las leyes. Porque entre ciertas personas se prohibian las nupcias (a) como incestuosas, §. 152 al 161; (b) como indecorosas, §. 162; (c) como perjudiciales, §. 163 (1).

§. CLII. (a) *Como incestuosas* estaban prohibidas las nupcias *entre los próximos agnados y afines.* Se pregunta pues, 1º qué es cognacion y afinidad? §. 152. 2º De qué modo se computan los grados? §. 153 al 157. 3º Qué grados están prohibidos? §. 158 al 160. 1º Qué es cognacion y afinidad? Resp. *Hai cognacion entre las personas que descienden de un mismo tronco*; por ejemplo, el padre y la hija (*lámina I. figura* 2, *A*) son cognados, porque descienden del tronco comun, el abuelo. El hermano y la hermana (*Ibid. B.*) son cognados, pues descienden del mismo padre ó madre. El tio paterno (*Ibid. C.*) es cognado mio, porque desciende como yo del mismo abuelo. Por el contrario, *afinidad es parentesco entre un cónyuge y la familia del otro:* así los padres, hermanos, hermanas, tios paternos y maternos de mi mujer son afines mios; y mis padres, hermanos y hermanas, son afines de mi mu-

(1) En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio, seguimos el Derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concernientes á su valor. Así que, ademas de la prohibicion en infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica en la trasversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad, con tal que aquella nazca de matrimonio, porque si proviene de ilícito ayuntamiento, no pasa del segundo grado la prohibicion. El matrimonio rato y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama *de pública honestidad*, y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al primero solamente en los esponsales. Por último el *parentesco espiritua*, procedido del bautismo, solo se estiende al bautizado, á su padre y á su madre por una parte, y al bautizante y al padrino por la otra; lo cual se aplica tambien á la confirmacion. Véase el *Conc. trid. ses.* 24. *cap.* 2. y los dos sigg. *De reform. matr.*

jer; mas mi hermano y el hermano de mi mujer no son afines. Declárase en la *lám. I, fig.* 3 *y* 4. En pocas palabras, *la cognacion* nace *por la generacion; la afinidad por las nupcias.*

§. CLIII. 2º Pregúntase, cómo se computan los grados? Resp. *Grado* no es otra cosa que generacion, y esta es señalada por una línea recta. Si se numeran muchas personas que engendraron ó fueron engendradas, se llama *línea.* Y al modo que la generacion se espresa por una línea, así las personas que engendran ó son engendradas, se señalan por un circulito. Por ejemplo, un padre engendró á un hijo: el padre es señalado con un circulito, y el acto de la generacion con una línea. La línea de cognacion es *recta* ú *oblicua. Recta* es la que comprende solas las personas que engendran y son engendradas; *oblicua* la que comprende tambien otras personas (*lám. I, fig.* 5.). La primera línea se llama *ascendiente*, porque asciende desde mí hasta mis progenitores; la última se llama *descendiente*, porque desciende hasta la posteridad. Por ejemplo, mi tio, hermano de mi abuelo, y un primo carnal de mi padre son cognados mios en la línea oblicua.

La línea oblicua es *igual* ó *desigual. Igual* es, cuando de ambos lados concurre un número igual de personas y de grados; *desigual*, cuando en un lado concurre mayor número de grados y personas que en el otro (*lám. I. fig.* 6.)

§. CLIV y CLV. Consideradas estas definiciones, serán entendidas fácilmente las *reglas de la computacion de los grados*, que son tres:

1ª *En la línea recta son tantos los grados, cuantas las generaciones.* Por consiguiente, si quiero saber cuántos grados distan en esta línea dos personas, cuento solamente las líneas, no los circulitos; por ejemplo, el padre y la hija distan un grado (*lám. I, fig.* 7. *A*); el abuelo y sus nietos distan dos grados (*Ibid. B.*); yo y mi tatarabuela distamos cuatro grados (*Ibid. C.*).

2ª *En la línea igual cuenta ambos lados el Derecho civil, nónico uno solo.*

3ª *En la línea desigual el Derecho civil cuenta ambos lados, el canónico solo el mas largo*, segun se ve en la (*lám. I, fig.* 8, 9 y 10).

§. CLVI. Hasta aquí de la computacion de los grados de consanguinidad. De la afinidad se debe advertir, que propiamente no hai en ella grados, porque la afinidad no nace de la generacion, sino de las nupcias, *L.* 4. §. 5. *De grad. et cogn.* Pero no obstante por analogía se han establecido tambien grados en la afinidad, y se numeran del mismo modo que en la consanguinidad, por lo cual en la figura se presentan del mismo modo que en la consanguinidad. Las nupcias se indican por una línea curva que no se cuenta en la computacion; por ejemplo, en la línea recta mi *madrastra*, (*lám. I, fig.* 11. *A.*) es afin mia en primer grado; mi *abuelastra*, ó la mujer de mi abuelo (*Ib. B.*) está conmigo en grado segundo; mi *bisabuelastra* en el tercero, y así de los demas hasta el infinito.

Ni es absurdo el no contar la línea curva, signo de los casamientos, cuando, segun la frase de la Escritura, son una carne los dos cónyuges, y por eso se consideran mui bien aquí por una sola persona.

§. CLVII. En la prohibicion de las nupcias es tambien de grande importancia *el respecto de parentela*, como dicen, y tanto que siempre impide el casamiento. Y qué es *el respecto de parentela*? Es un parentesco entre dos personas, de las cuales la una está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Decimos que está *inmediatamente* próxima al tronco comun, y por eso no basta que la una esté mas inmediata, y la otra mas próxima: por ejemplo, las tias materna y paterna están

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en lugar de mi madre, porque ambas á dos están inmediatamente próximas al tronco comun, aunque yo esté mas distante. (*lám. I, fig.* 12.)

Por el contrario, la hija de mi tia paterna y mi hijo son entre sí cognados, pero no média ningun *respecto de parentela*, porque ninguno de los dos está inmediatamente próximo al tronco comun. (*lám. I, fig.* 13.)

Tan estrecho parentesco creyeron los antiguos que habia con estas personas, que las llamaron *thii* y *thiæ*, como si dijésemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros, como nuestros mismos padres. Simplicio en su comentario *Ad Epict. Enchirid.* c. 37, dice á este propósito: *Antiquiores leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare non dubitarint. Sed quamvis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen patrum et sorores græci adhuc, θέους qu. divinos divinasque appellant, ut demonstrent quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent.* Y así, pareciendo santas y venerables estas personas, no es de estrañar que las leyes divinas y humanas prohibiesen el que se contrajese matrimonio entre ellas.

§. CLVIII. Hasta aquí hemos visto la computacion de los grados; ahora pasamos á tratar, 3º de *las reglas* que se debra observar *en la prohibicion*.

1ª *En la línea recta están prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes.* Todos los Derechos convienen en esta regla: el divino los prohibe espresamente en el Lev. c. 18, v. 7. Se añade *hasta el infinito*, para mostrar que nada importa que estén en cualesquier grados. Así, por ejemplo, la cuarta abuela no se podrá casar con su tercer nieto, como tampoco la abuela con el nieto, ni la madre con el hijo. Por eso se suele espresar esta regla con el ejemplo, de que si Adan

no hubiera violado el precepto divino de no comer del fruto del arbol, y Eva lo hubiera quebrantado, y por ello hubiera muerto, no habria aquel hallado en todo el género humano mujer con quien volverse á casar, porque todos los hombres son descendientes de Adan, aunque distantes en muchísimos grados.

§. CLIX. 2ª *Por el Derecho civil están siempre prohibidos el segundo y tercer grado en la línea oblícua; el cuarto y los demas solamente entre aquellas personas que están en lugar de padre ó hijos*, esto es, entre las que hai *el respecto de parentela*. Decimos que las nupcias están siempre prohibidas en el segundo grado, porque *en el segundo grado* (*lám. I, fig.* 14. *A*) están siempre los hermanos y hermanas, entre los que ni el Derecho divino ni el humano permiten las nupcias. Decimos tambien, *que siempre están prohibidas en el tercer grado* (*Ib. B.*), porque este grado no puede concebirse sin el respecto de parentela, que como hemos enseñado en el §. 157, siempre impide las nupcias. Por eso no puedo casarme con mis tia materna ó paterna, así como tampoco puede casarse la mujer con su tio paterno ó materno. Añadimos, que no están prohibidos *el cuarto ni los demas grados* (*Ib. C.*) á no ser entre aquellas personas que están en lugar de padres é hijos. Por ejemplo, valen las nupcias entre los primos carnales, porque entre ellos no hai *respecto de parentela*, y están en cuarto grado; mas no son válidas las nupcias entre mí y la hermana de mi abuelo, aunque estemos igualmente en cuarto grado (*Ib. D.*), porque hai *el respecto de parentela*. Esta es la regla del Derecho civil. Pero el *canónico* qué es lo que dispone? Este prohibe las nupcias en muchos mas grados, pues que en la línea igual se estiende la prohibicion al cuarto grado (*Ib. E.*) de su computacion, *cap. ult. X. De consang.*; en cuyo capítulo se da la notabla razon de ser tambien cuatro los humores

en el cuerpo humano. En la desigual *el respecto de parentela* estiende mas léjos la prohibicion, y por decirlo de una vez, la estiende hasta lo infinito. Por eso á Abel, por ejemplo (*lám. I, fig.* 15.), si viviera y hubiera perdido á su mujer, le sucederia lo mismo que á Adan, pues no podria casarse, segun el Derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

§. CLX. 3ª La tercera regla *de la afinidad* es *que en cuantos grados se prohiben las nupcias por cognacion, en los mismos se prohiben por afinidad.* (aa) En la línea recta están siempre prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará el casamiento con la mujer del ascendiente ó descendiente: por ejemplo, yo no puedo casarme con mi madre, luego tampoco con mi madrastra (*lám. I, fig.* 16.): no puedo casarme con mi abuela, luego tampoco con mi abuelastra (*lám. I, fig.* 17.): no puedo casarme con mi hija, luego tampoco con mi nuera (*lám. I, fig.* 18.): no puedo casarme con mi nieta ó biznieta, luego tampoco con la mujer de mi nieto ó biznieto (*lám. I, fig.* 19 *y* 20.). (bb) Del mismo modo sucede en la línea colateral: en el segundo grado está prohibido el matrimonio entre hermanos y hermanas, luego tambien entre los cónyuges de los hermanos y hermanas (*lám. II, fig.* 1.): en el tercer grado está siempre prohibido el matrimonio con los tios ó tias paternos ó maternos, luego tambien está prohibido con los cónyuges de estos (*lám. II, fig.* 2.): en el cuarto grado está prohibido el matrimonio entre primos hermanos, luego tambien con el cónyuge del primo carnal (*lám. II, fig.* 3). Pero el Derecho canónico multiplicó todavia estas prohibiciones, cuando estableció tres generos de afinidad. Contráese el primero por las primeras nupcias; el segundo, por las segundas, y el tercero, por las te

por ejemplo, si mi hermano se casa con Sempronia (*lám. II, fig.* 4.), contrae esta conmigo afinidad en primer grado. Si despues Sempronia (muerto mi hermano) se casa con Mevio (*lám. II, fig.* 5.), yo estaré con Mevio en segundo grado de afinidad. Finalmente, si (muerta Sempronia) se volviese á casar Mevio con Ticia (*lám. II, fig.* 6.), yo estaré con Ticia en tercer grado de afinidad. El Derecho canónico prohibe las nupcias entre estas personas; pero entre los protestantes apénas se atiende á esta prohibicion.

§. CLXI. Tambien hai *cognacion espiritual*, introducida por el Derecho canónico; *cognacion civil*, nacida del Derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que tambien es del Derecho civil; de todas las cuales vamos á decir algo. El *parentesco espiritual* se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y tambien entre los padres y el padrino etc.; á todos estos prohibe casarse el Derecho canónico. *El parentesco civil* nace de la adopcion, porque imitando la adopcion á la naturaleza, los hijos adoptivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibia casarme con una mujer parienta por generacion natural, por las mismas se me prohibian las nupcias con las que eran parientas mias por adopcion; por ejemplo, el padre no podia casarse con la hija natural (*lám. II, fig.* 7.), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podia casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano no podia casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibicion viene solamente de la lei civil, y no se funda mas que en una ficcion, puede dispensarse fácilmente. Por esta razon el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Vero (*lám. II, fig.* 8). La *cuasi-afinidad* es un parentesco que se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales; v. g. mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y ántes de casarse muere este; pues entre Ticia y yo hai cuasi-afinidad, que no permite que me case con ella.

§. CLXII. Hasta aquí se ha tratado de las nupcias incestuosas. (b) Tambien prohiben las leyes otras como *indecorosas*, ó 1° por la desigualdad de condicion, v. gr. entre un senador y una liberta, entre un ingenuo y una comedianta, ó una ramera; prohibicion introducida por la lei julia y papia popea; pero hoi no está en uso, y aun fué derogada por Justiniano, *L.* 23. y *L. últ. De nupt.*; ó 2° por una anterior impudicicia; por ejemplo entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la robada. 3° Por cierta veneracion; por ejemplo, el matrimonio entre el padrastro y la viuda del hijastro (*lám. II, fig.* 9.), sin embargo de no haber entre estas personas ninguna afinidad, á no ser del segundo género, la cual por otra parte no se atiende *L.* 15. *Inst. h. t.* Tambien están prohibidas las nupcias con la hija de la mujer repudiada, que esta tuvo de otro matrimonio (*lám. II, fig.* 10.), §. 9. *Inst. h. t.*, aunque no hai tampoco afinidad mas que de segunda clase.

§. CLXIII. (c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya 1° por causa de la religion, entre un cristiano y una judía, *L.* 6. *C. De judæis*; ó 2° por menoscabo de los bienes de la casa entre el tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretesto para negarse á dar cuentas, *L.* 59. *ff. h. t.* ó 3° por rezelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una mujer natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevaliera de su ausilio para tiranizarla, como Marco

Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L.* 57. 64. *ff. h. t.*

§. CLXIV. (IV°) Es la última cuestion, si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendrá? (1) Segun el § 12. *Inst. h. t.*, la nulidad. Seria pues nulo el matrimonio, y no habria cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legítimos, ni están constituídos en la patria potestad, sino que son bastardos. Algunas vezes todavía se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

DE LA LEGITIMACION.

§. CLXV. *Otro modo de reducir los hijos á la patria potestad* es la legitimacion. Nada dicen absolutamente de ella las Pandectas, porque fué inventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. últ. ff. De adop.* y la *L.* 57. *ff. De ritu nupt.*; de las cuales dicen constar, que ántes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero responde-

(1) Segun el *Conc. trid. ses.* 24. *De reform. matrim.* son nulos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Ademas todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, segun todo se establece en la *L.* 5. *tit.* 2 *lib.* 10 *de la Nov. Recop.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

remos que la *L. últ. ff. De adop.* no trata, segun se infiere de su rúbrica, de la legitimacion sino de la adopcion, y que la *L.* 57. solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

§. CLXVI. Esplicaremos por partes la definicion de la legitimacion que corresponde á este párrafo. La legitimacion es *un acto*. Algunos dicen que es un acto legítimo (§. 70); pero se engañan mucho, porque 1° los actos legítimos fueron sacados por los jurisconsultos de las leyes de las XII Tablas, *L.* 2. § 6. *ff. De O. J.*, y la legitimacion no es ni de los jurisconsultos, ni de las leyes de las XII Tablas. 2° Los actos legítimos se hacen solemnemente, y la legitimacion no exige solemnidad alguna. Luego basta que digamos que la legitimacion es un acto. Esun acto *por el cual se finge que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio*. El fundamento de la legitimacion es la ficcion : la lei finge que nacieron de legítimo matrimonio los que en realidad han nacido fuera de él. En el Derecho se hallan muchísimas ficciones semejantes. Por ejemplo, en el derecho de postliminio se finge que jamas estuvo prisionero el que volvió á su casa de la cautividad. §. 5. *Inst. Quibus modis jus patr. potest. solv.* Por el contrario, la lei cornelia finge que el que muere en cautiverio, ha muerto en la ciudad, *L.* 18 *ff. De captiv. et postlim.* Sobre cuyas ficciones del Derecho escribió un elegante tratado el célebre jurisconsulto frances Anton. Dadin. Alteserra. De esta manera es como la lei finge que ha nacido en matrimonio el que realmente no nació en él. Ademas se dice en la definicion, *quedando por consiguiente sujetos á la patria potestad á manera de los legítimos*. Aquí tenemos el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera del matrimonio no están en la patria potestad, ni siquiera se les conoce padre, porque padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legítimas. *L.* 5. *ff. De in jus voc.;* y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por Derecho. Mas por la legitimacion son reducidos á la patria potestad, y por esta razon en el §. 165 dijimos que la legitimacion era causa de la patria potestad.

§. CLXVII. Esta es la definicion. Por ella se puede conocer desde luego qué clase de hijos ilegítimos pueden ser legitimados. Los hijos ilegítimos son de cuatro géneros : 1° unos se llaman *hijos naturales* ó *bastardos;* y son los nacidos de una mujer honesta, pero fuera de matrimonio, es decir, de una concubina. 2° Otros se llaman *espurios*, que nacen de una mujer que comercia con su cuerpo, una ramera. 3° Otros se llaman *adulterinos*, y son los que han nacido de adulterio. 4° Otros *incestuosos*, esto es, nacidos del ayuntamiento de aquellas personas que no pueden contraer matrimonio por parentesco de consanguidad ó de afinidad. Diremos pues, que solo pueden ser legitimados los *naturales*, no los espurios ni los adulterinos, ni los incestuosos, § *últ. Inst. h. t. L.* 10. *C. De nat. lib. Nov.* 117. *c.* 2. La razon es, porque la legitimacion se hace por ficcion; pues las leyes fingen que los hijos que han de ser legitimados, han nacido de legítimo matrimonio (§. 166.). Pero como toda ficcion supone términos hábiles, y no puede fingirse matrimonio con una ramera (§. 162.), y mucho ménos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y afines próximos, síguese que semejantes hijos son absolutamente incapazes de legitimacion.

§. CLXVIII. Pasemos á la division de la legitimacion. Relativamente al modo, es de tres maneras, pues ó se hace *por subsiguiente matrimonio*, ó *por oblacion á la curia*, ó *por rescripto del príncipe*. La primera fué inventada por Constantino el Grande, el cual, con el fin de abolir el

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

concubinato, dispuso que este modo de legitimar valiera tansolo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo prepetuo de legitimar, *Nov.* 74. Véase á Desider. Herald. *Iter. et quæst. jur. quotid. lib.* 1. *c.* 4. §. 2. El otro modo lo inventó el emperador Teodosio el Jóven, *L.* 3. *C. De nat. lib.* y el tercero Justiniano. *Nov.* 74.

§. CLXIX. *Por subsiguiente matrimonio* son legitimados los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte mujer honesta, desde el momento que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por mujer á la madre de estos hijos. Requiérese pues, 1° que la madre sea mujer honesta, no ramera, etc., §. *últ. Inst. h. t.* 2° Que contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finge que los hijos nacidos ántes de este matrimonio, nacieron despues de contraído, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta, 3° ¿ si no se requiere tambien la escritura dotal, pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *últ. Inst. h. t.*? Á esto se responde, que hoi no es necesaria; pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano, porque entónces no habia ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habian caído en desuso. La bendicion sacerdotal *coram facie ecclesiæ* todavía no estaba recibida (1), y así es que no habia entónces otro signo para distinguir las

(1) Se engaña, porque Guil. Est. 4. *Sentent. dist.* 26. § 10. Gasp. Juenin, *Comment. de Sacrament. Disser. XI. quæst.* 3. R. Jacinto Drouven, *De re sacrament. lib.* 10. *quæst.* 2. y otros doctísimos varones hacen ver que segun la tradicion de los SS. Padres, la benedicion sacerdotal se tuvo siempre en la Iglesia como esencial y absolutamente necesaria al sacramento del matrimonio. Y que ántes de Justiniano fué recibida en la Iglesia la bendicion sacerdotal, consta claramente de Tertuliano, *lib.* 2. *Ad uxorem*, de san Ambrosio, *Epist.* 70 y del cánon 3 del Concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

nupcias legítimas del concubinato sino la escritura dotal. Por esto en Plauto, *Trin. act. III. scen.* 2. *v.* 63. leemos, que un jóven de Lésbos no queria dar en matrimonio sin dote á su hermana Lisitela, porque habia disipado todos sus bienes, dando esta razon :

Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc famam differant,
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi
Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.

Por consiguiente sin dote apénas se podia distinguir entónces la mujer de la concubina ; y así no es estraño que Justiniano exigiera la escritura total. Pero en el dia se distingue fácilmente la mujer de la concubina por medio de la bendicion eclesiástica, y no se necesita ya de aquel signo.

§. CLXX. El otro modo de legitimar es *por oblacion á la curia;* y para esplicarlo recurriremos á las antigüedades. Por *curia* se entiende aquí el cuerpo de magistrados municipales, pues en cada municipio habia senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidian los duunviros, que eran como los cónsules. Estos oficios estaban unidos con la dignidad, y ademas este órden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Sin embargo los hombres aborrecian muchísimo estos cargos, tanto que Bernabé Brisson, *Antiq. rom.*, ha observado, que los cristianos fueron alguna vez agregados por los gentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacian los curiales; pues tenian que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos y convites, tanto que alguna vez les absorbia aquella dignidad todo su patrimonio. Véanse nuestras *Antiq. rom. h. t.* Siendo tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraídos con varios privilegios, para que se consagraran á la curia, entre los cuales fué uno el de

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Teodosio, por el cual, si uno ofrecia su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L.* 3. *L.* 4. *L* 9. *C. De nat. lib.* Pero no necesitándose hoi de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aún en las poblaciones pequeñas, y no acostumbrando los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoi dia es de ningun uso este modo de legitimar.

§. CLXXI. El último modo de legitimar es el que se hace *por rescripto del príncipe;* y consiste en que el padre presente solicitud á la suprema autoridad, y pida que legitime á su hijo ó hija natural. Hecho esto, se sigue el rescripto, y entónces el hijo es tenido por legítimo.

§. CLXXII. Trataremos ya de *los derechos de los legitimados.* Hemos dicho arriba (§. 166) que por la legitimacion son reducidos á la patria potestad los hijos naturales. De este principio será fácil deducir todos los efectos de la legitimacion. De él se infiere 1º que no se puede hacer la la legitimacion sin el consentimiento de los hijos, *L.* 11. *ff. De his, qui s. v. a. j. sunt* Esto puede parecer estraño, porque la legitimacion es un beneficio; pero tambien es una carga, por cuanto es una capitis-diminucion, pues por ella el legitimado de hombre *sui juris* se hace hijo de familia, y por lo tanto sujeto á potestad ajena. Ántes el legitimado adquiria para sí, porque no tenia padre; despues adquiere para el padre: luego es mui justo que se exija su consentimiento. 2º Los legitimados suceden al padre, pues haciéndose hijos de familia, hijos legítimos y herederos suyos, deben sin duda suceder al padre. Sin embargo se debe distinguir, si la legitimacion se ha hecho por rescripto del príncipe, ó por subsiguiente matrimonio. En este último caso suceden indistintamente al padre lo mismo que los legítimos, §. *últ. Inst. h. t.* § 2. *Inst. De hered. ab intest.* Mas si medió rescripto del príncipe, entónces se debe ademas examinar, si el padre quiere, y si el príncipe espresa ó no en el rescripto, que sucedan los legitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado, suceden, aunque de modo que los legítimos que ántes habia, tengan la principal porcion legítima.

§. CLXXIII. [Las leyes de Partida admitieron los tres modos de legitimar de que hemos hecho mencion, permitiendo el ofrecimiento al Consejo ó á la corte del rei, aunque existiesen hijos de legítimo matrimonio, con tal que los naturales procediesen de mujer libre; pero en el dia solo se reconocen como medios de legitimar á los hijos, á quienes concede este beneficio la lei 1. *tít.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.*, el subsiguiente matrimonio y la autorizacion real. Considérase este segundo modo de legitimar, segun el art. 4. de la lei de 14 de abril de 1838, como una gracia al sacar, quedando por lo mismo obligados los que lo obtienen, á pagar el servicio señalado en los aranceles, y produciendo únicamente esta legitimacion efectos civiles, segun la lei 4. *tít.* 15. *Part.* 4.

ADVERTENCIA DEL TRADUCTOR.

Casi toda la doctrina de Heineccio acerca de la legitimacion, está fundada en un principio erróneo, á saber, en cierta *ficcion retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos, de donde resulta parecer estos procreados despues de contraído aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios intér-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pretes, y entre otros por Justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentos vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del Derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tansolo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los engendrados ántes de él, despues de contraído se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído conveniente ponerla á continuacion, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heineccio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

SOBRE

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILÍCITO AYUNTAMIENTO.

1. Al modo que la *procreacion de los hijos* (1), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin á que se dirigen los matrimonios, así en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende á la integridad de las familias, á la perpetuidad de cada tronco y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la generacion de una *legítima prole*, que á su tiempo pueda suceder á sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (2). Interesa con todo tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro

(1) Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pretes, y entre otros por Justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentos vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del Derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tansolo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los engendrados ántes de él, despues de contraído se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído conveniente ponerla á continuacion, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heineccio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

SOBRE

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILÍCITO AYUNTAMIENTO.

1. Al modo que la *procreacion de los hijos* (1), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin á que se dirigen los matrimonios, así en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende á la integridad de las familias, á la perpetuidad de cada tronco y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la generacion de una *legítima prole*, que á su tiempo pueda suceder á sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (2). Interesa con todo tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro

(1) Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de cuyo fin se han inventado en el *estado civil* de muchas naciones ciertas formalidades, por cuyo medio deben los matrimonios contraerse solemne y legítimamente, de tal manera que el nacido de semejante sociedad, contraída segun las leyes prescritas, se haya de reputar por *legítimo*, esto es, merecedor de los derechos, comodidades y privilegios de *hijo* (1), y que los demas procreados fuera de esta sociedad, cuando repugna á las leyes ó carece de las solemnidades prescritas, se hayan de mirar como *ilegítimos*, es decir, como indignos de disfrutar los derechos de los hijos. Así se observó escrupulosamente en la república romana, y en el *Derecho civil* se establece, que aquel será considerado como padre, á quien designen por tal las nupcias legítimas, y como hijos *legítimos* aquellos que nacen mediando legítimo matrimonio, *L.* 5. *ff. De in jus voc. L.* 6. *De his qui sui vel alien. jur. sunt*. Ademas tambien concede á los hijos legítimamente nacidos muchos derechos, que aquellos que nacen *fuera de matrimonio*, no pueden reclamar (2). Por esta razon se vió con frecuencia á los padres solicitar, que estos derechos de los legítimos se estendiesen á los ilegítimos, hasta conseguir por fin para ellos el beneficio de la legitimacion, á la verdad mui restringido al principio; pero que poco á poco se fué aumentando, y adquirió todavía mas estension por el Derecho canónico. Mas como á pesar de esto los intérpretes del Derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimacion, y estendiéndola otros á algunos hijos nacidos fuera de matrimonio (3), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legiti-

(1) Con los ilegítimos no se cuenta.
(2) Á no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimacion.
(3) Lo cual se va á examinar atendiendo al uso actual.

macion algunos límites, y cuáles sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, segun el mejor órden conveniente.

II. (1) Cuán digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan á cada paso los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece mencionarse particularmente la disertation de Tomasio *Sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimacion*, en que manifiesta con especial tino el orígen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimacion por subsiguiente matrimonio* trata tambien en una disertacion particular el jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente á las disposiciones del Derecho civil para influir de este modo todo lo posible en el *uso forense*. Asimismo Franciso Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espurios* y *legitimados*, que se halla en el *tomo I* de sus *Obras*, *pág.* 519, ilustrándolo, segun su costumbre, con eruditas observaciones, aunque se contiene dentro de la esfera del Derecho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fué Francisco Sarmiento, que en el *lib.* 1. *Select. interpret. c.* 5, 6, 7 y 8, examina la *legitimacion* de todos los ilegítimos. bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib.* 1. *Ob. jur. civ. cap.* 4, se propuso la esplicacion de cierto tema, que puede facilitar algun ausilio al que trata de meditar esta doctrina. Más luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldo, *lib* 1, *Rer. et quæst. juris quotid., cap.* 1. *y sig.*, donde habla de la diversa condicion de los *ilegítimos*, y *cap.* 4, en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimacion*. Á él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *De*

(1) Escritos que tratan la doctrina de la legitimacion.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

matrim. lib. 11. espone los preceptos y máximas *del Derecho canónico* con el mayor acierto y claridad.

III. (1) Viniendo ahora á la materia que me he propuesto tratar, se ha de saber que los hijos son por Derecho civil y canónico ó *legítimos* ó *ilegítimos*. Aquellos no necesitan *legitimacion*, miéntras estos la necesitan, como que les están negados los derechos de *hijos legítimos*. (2) Aunque la condicion de los ilegítimos era varia por Derecho *civil*, pueden no obstante reducirse cómodamente á dos clases: la de los procreados de ayuntamiento *lícito*, pero *ménos legítimo*, (3) y la de los nacidos de *concúbito* enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su origen á una *union natural*, contraída por causa de matrimonio, bien que destituída de los efectos civiles. Á esta seccion pertenecia 1° (4) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se uniau entre sí por un *enlace natural*; mas como por Derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaian en los nacidos del contubernio de los esclavos, ni aún estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sino de los señores. Por decirlo en breves palabras, *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del Derecho*, segun la frase de *Heraldo, cap.* 1. § 19. *del lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Panfilia, se llama *natural* en la *L.* 88. §. 12. *ff. De legat.* 2, dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el jurisconsulto: « porque tambien se creen comprendidos « bajo la denominacion de hijos los descendientes naturales

(1) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos.
(2) Estos ó son naturales.
(3) Ó nacidos de cóito prohibido.
(4) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos

« engendrados en esclavitud. » 2° (1) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la lei *julia* y *papia* dió por honesto el *concubinato*, segun dice Marciano en la *L.* 3. §. 1. *ff. De concubin.*, este comercio, que venia á ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se llamaron *naturales* por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion, *L.* 5. *C. De natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. Suetonio, *Vespas.*, *cap.* 3. *n.* 4., nos dice, que « Vespasiano, despues que murió su esposa, elevó á « Cénide, liberta de Antonia, á quien hacia tiempo miraba « con pasion, desde la clase de dependiente suya al con- « tubernio, y la tuvo en el mismo aprecio que si fuera « su mujer legítima. » Porque es de saber que aquellas personas que por la *lei civil* no era lícito tomar por esposas *legítimas*, era permitido tenerlas en concubinato, con tal que el varon careciese de mujer legítima y fuese célibe: tales eran la mujer condenada como adúltera en juicio público, *L.* 1. §. *D. De concubinis*; la ramera que habia puesto su cuerpo á ganancia, *L.* 14. *D. De ritu nupt.*; la liberta, *L.* 2. *D. De concubinis*; y la mujer de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L.* 57 y 63. *D. De ritu nupt.* Algunas vezes tambien aquella que, pudiendo ser mujer legítima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y á influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa, *L.* 13. §. 6. *C. ad L. jus. De adulter.* (2) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de cóito ilícito y torpe, que lleva crímen consigo. Se llaman espurios, habidos del vulgo, los que no pueden acreditar quién es su

(1) Los nacidos de concubina.
(2) Nacidos de concubina.

padre, como los nacidos de prostituta, cuyo padre pertenece al pueblo ó al vulgo; y aquellos que pueden designar á su padre, aunque no el que pueden tener, segun dice Modestino, *L.* 23. *D. De statu hominum*; cuales son los habidos de estupro, adulterio ó incesto, y de otro cualquier cóito que encierra crímen público ó algun acto prohibido por la lei. El nacido de una meretriz se reputaba tambien por de torpe ayuntamiento; pero sin estar sujeto á pena alguna legal, por cuanto la fornicacion no era absolutamente prohibida, L. 4. § 3. *D. De condict. ob turp. causam.*

IV. Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion á los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano en la *Nov.* 89 *c. ult.*: « todo el « que naciere de uniones sacrílegas, incestuosas y repro- « badas, ni se puede llamar hijo natural, ni debe ser ali- « mentado por sus padres. » Observa Heraldo *lib.* 1. *Quæst. jur. quot. c.* 3. §. 6., que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio; pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes; lo que es admisible segun la cláusula de la lei referida, pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquier cóito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crímenes públicos por la lei julia el estupro y el adulterio. Véase el *c.* 4. *X. Qui filii sunt legit.* Aquí se comprende tambien por Derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios están prohibidos y tenidos por sacrílegos por causa del voto de castidad; ó si el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una mujer en clase de concubina, lo que esté prohibido por Derecho canónico, y reputado por delito, *t. X. De concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido á los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio,

que aunque lleguen á contraerlo, no se reputa por matrimonio, sino por amancebamiento, *d. c.* 4. *X. De cleric. conjug.*; y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilegítimos, iguales á los espurios.

V. Ya se ha examinado bastante lo establecido por el Derecho civil acerca de la legitimacion de los hijos naturales, y aún no lo hemos hecho de lo que prescribe el Derecho canónico con respecto á la legitimacion de los que nacen de punible ayuntamiento. Al hablar de esta, solo se procura saber si los diversos modos de legitimar que están en práctica hoi, por ejemplo, por subsiguiente matrimonio ó por rescripto del príncipe, los comprende tambien, de suerte que sean reputados por legítimos, al ménos para los efectos de suceder. Hablo del Derecho del dia, ó del que se observa en nuestros tribunales, y que no sigue tanto las huellas del Derecho romano, como los principios del canónico, diverso de aquel en muchas cosas, particularmente en materia de matrimonio, y que es aplicable á mil casos que ocurren en el foro. Si hubiese de decidirse esta cuestion por Derecho romano, no hai duda que se debe negar, segun se pasa á demostrar en pocas palabras.

VI. Eran desconocidos ántes de Constantino el Grande los modos de poder los padres hacer legítimos los hijos habidos fuera de matrimonio justo, segun nos refiere Justiniano en la *Novell.* 117. §. 2. Ni aún los hijos naturales, introducidos los modos de legitimar, pasaban al estado de legítimos, á no ser arrogados, consintiendo libremente en este acto; los hijos naturales que se oponian, no quedaban bajo la patria potestad, segun Modestino en la *L.* 11. *D. De his qui sui vel alieni juris sunt.*

No era dura ni sensible semejante condicion á los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban esentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor en mucho que

la de los legítimos, segun demuestra *Sv. Merecier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. Thesaur. jur. rom. p. 539)*. Á lo ménos eran señores de sí, lo que en el Derecho se llama *sui juris:* pero los legítimos estaban sujetos á otros, ó eran *alieni juris;* cuyo estado habia decaído tanto entónces, que estaban escluídos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos lo gozaban en toda su estension, porque eran ciudadanos romanos y *sui juris;* en todo lo cual conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario los hijos de familia en mui poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenia sobre ellos Derecho de vida y muerte, *L. 11. D. De lib. et posth. hered. custod. L. 10. C. De patr. potest.;* podia venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aún darlos en prenda, *L. 5. ff. Quæ res pig. §. ult. Inst. De nox. act.* Ademas todo cuanto adquirian, era para sus padres; por manera que podia disponer de ellos á su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados á repartir en iguales partes la herencia, aún lo adquirido por sí, *§ 1 Inst. Per quas pers. cuique acquir. pr. Inst De his qui test. foc. possunt.* Eran de mejor condicion en esto, porque eran herederos de sus padres, y aún en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, §. 2. *Inst. De her. qual. et deff.* §. 5. *Inst. De success. ab intestato.* No así los naturales: pero podian obviar este inconveniente, por no estar prohibido á los padres por derecho antiguo instituirlos por herederos en testamento, y aún veian compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goze de las demas prerogativas de ciudadano romano.

VII. No era pues tan interesante, como se cree, á los hijos naturales el legitimarse ó el que se les concediese el beneficio de la legitimacion, como se dice vulgarmente.

Más era en beneficio de los padres que los sujetaban á su potestad; lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecian de otros hijos. Constantino fué el primero que fijó un modo de legitimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella: Zenon nos recuerda esta lei de Constantino en la *L. 5. Cod. De natural. lib.*, y dice: « Renovando la respetable sancion del gran Constantino, « que consolidó el Imperio romano con la fe católica, « acerca de poder tomar por esposas á las concubinas in- « genuas, y de tener por legítimos los hijos habidos de « ellas, ántes ó despues de contraído el matrimonio, man- « damos, etc. » Dice Heraldo, *lib. 1. Quæst. jur. quot. c. 4. §. 1.*, que deben notarse dos cosas: es la primera, que el emperador por esta constitucion, ya instruído en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fué lei general, sino que se dió solo para aquellos que habian tenido hijos de concubina ántes de su promulgacion, no para los que nacieran despues; lo que tambien observó Godofredo *ad L. 1. Cod. theod. De natural. lib.* Lo primero se demuestra por haber encontrado un modo de reducir á justo matrimonio el concubinato. Se habia hecho tan frecuente el concubinato, que se tomaban por mancebas mujeres que podian ser despues esposas, como eran principalmente las ingenuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon en la *L. 5.* ya citada. Por lo mismo quiso mover á los padres, que gustaban mas de tener hijos legítimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y á las hijos ya nacidos, legítimos y herederos suyos. Ademas, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio,

restringió y redujo mucho el derecho de heredar, segun testifica la *L.* 1. *Cod. theod. De natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas prontamente, parece que la dicha constitucion se entiende de los que habian nacido, para no favorecer el concubinato, estableciendo una permision general de legitimar.

VIII. Lo mismo quiere dar á entender Zenon en la lei citada : « y comprende solamente á aquellos que ántes « de su promulgacion tuvieron hijos de mujeres ingenuas « sin preceder matrimonio, y sí un prolongado amance- « bamiento. Los que al tiempo de sancionarse aquella « sacrosanta constitucion, no tuvieran sucesion alguna de « concubinas con quienes lícitamente pudiesen contraer « matrimonio, de ningun modo gozan del referido bene- « ficio, pudiendo entónces ya reunirse con ellas por ma- « trimonio, no teniendo otros hijos ó mujeres legítimas, « y engendrar hijos legítimos á la sombra de las nupcias « que hubiesen contraído. »

Juzgó indignos de este beneficio á todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio; lo que es seguro indicio de que el emperador quiso disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor á los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas, mas bien que legítimas mujeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grados. La prudencia legal aconseja, que cuando los legisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontáneamente se separen de ellos con los beneficios que les presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato, *L.* 6. *Cod. De natural. lib.*, sancionando que fuese permitido legitimar y reducir á la patria potestad los hijos habidos hasta entónces de mujer que hacia vezes de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio : añadió no obstante, *que cualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una mujer de esta clase, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observara igual fórmula con su prole.* Estas palabras son demasiado generales, y pueden entenderse igualmente del consorcio contraído con la concubina en cualquier tiempo, y aún de los hijos habidos despues de la publicacion de esta lei. Lo mismo estableció Justino en la *L.* 7. *Cod. De natur. lib.*, en el año de 519, para aclarar la lei de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpetua de legitimar; dice : « La lei de Atanasio, de divina me- « moria, promulgada acerca de los hijos naturales, per- « mitimos valga solamente en los casos que han sucedido « hasta aquí, segun su mismo contesto, en favor de los « matrimonios contraídos, ó que despues se contrajeren « (*á saber despues de publicada la lei de Atanasio*), para « legitimar los hijos nacidos de concubina hasta aquel « tiempo. » Quiso pues el emperador precaver que los medios empleados para abolir el concubinato, no sirviesen para promoverlo; lo que sucederia indirectamente, siempre que se dejara á los padres concubinarios una forma perpetua para legitimar; porque con la esperanza de un futuro matrimonio, si tenian por conveniente gozar de este beneficio, podian vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Estas miras tuvieron sin duda presentes los emperadores para conceder á los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándolos de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirlos así á contraer legítimo consorcio. Todavía hizo otra nueva declaracion el emperador, *para que no se creyese que se habia atenido á los habidos de una union criminal é incestuosa.* Semejante matrimonio era írrito, y aunque no

se rescindiese, no surtia los efectos, ni gozaba los beneficios de la lei, porque los padres habian delinquido contra las leyes; lo que no sucedia en el simple concubinato. Últimamente, para manifestar con mas claridad su intencion, puso esta cláusula : « En lo sucesivo sepan todos, « que solo por medio de legítimo matrimonio tendrán « posteridad legítima; » como si hubiese sido dada la pragmática para quitar á los concubinarios toda esperanza de acogerse á este beneficio.

IX. Justiniano no se contentó con esto, *L.* 10. *Cod. De natur. lib.*, sino que les concedió un modo perpetuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y á su sombra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente trasformarlo en matrimonio. Un poco oscuro se esplicó segun acostumbraba : « Cuando alguno hubiese tenido hijos de mujer « libre, que pudiera pasar á ser esposa suya sin impedi- « mento legal, y con la que cohabitase no habiendo otor- « gado la escritura dotal (*la concubina, segun lo demuestra « la lei siguiente*); y despues á consecuencia de la misma « pasion llegase á casarse con ella y tuviese otros hijos; « pudieran los últimos hijos que han nacido despues de « la dote, atreverse á reclamar todo el patrimonio pa- « terno, por ser los nacidos de verdadero y legítimo ma- « trimonio, y querer despojar de la herencia paterna á « los hermanos que han nacido ántes de la dote (*ó de con- « cubinato, que era permitido por las leyes antiguas, en que « se dispensaba á los padres el beneficio temporal de la le- « gitimacion*); pero nosotros creemos, que no debe tole- « rarse semejante iniquidad. » Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; mas el mismo Justiniano añade luego esta cláusula ambigua : « Porque no es ve- « rosímil que el mismo que le ha señalado una donacion « ó la dote, no haya profesado á aquella mujer desde el

« principio un amor, que la hiciese digna de llevar el « nombre de esposa suya. » Por esta misma razon parece que no se trata aquí de la concubina, sino del caso dudoso en que se ignore, si el marido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que mui bien podia contraerse por solo el consentimiento sin necesidad de dote, segun lo habia establecido Justiniano en el año anterior, *L.* 11. *Cod. De repud.* La palabra costumbre ó *consuetudo*, que desde el principio usa el emperador, es ambigua, y puede aplicarse tanto al concubinato como al matrimonio legítimo, aunque en caso de duda se juzgue contraído ya. En su tiempo ya nos enseñó Modestino, *L.* 24. *De ritu nupt.*, que el consorcio de una mujer libre en caso de duda se debe reputar por legítimas nupcias, mas bien que por concubinato. Así se hubiera entendido la lei antecedente, á no habérnosla esplicado mas claramente el emperador, *L.* 11. *C. De ritu nupt.* : « Poco hace promulgámos una « lei, en la que se manda que si alguno estuviese con mu- « jer en conjuncion, esto es, en amancebamiento, sin « manifestarle desde el principio afecto de marido; si con « la misma con quien podia enlazarse legítimamente au- « mentando su afecto, otorgase instrumentos matrimo- « niales, y tuviese hijos despues etc. » Triboniano previó que la antecedente lei estaba concebida en términos ambiguos y capciosos, motivo por el cual nos esplicó su sentido, disolviendo la duda que encerraba por medio de la siguiente declaracion : « Cualquiera, de quien estuviese « preñada la mujer que tenia en su compañía, si halláu- « dose ella en este estado ó ántes de parir, contrajese « matrimonio, el hijo ó la hija que nazca, será prole legí- « tima para los padres. » Así el beneficio general concedido á los concubinarios, y esta costumbre de legitimar que los antiguos césares habian cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumen-

tarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell.* 18. *c.* 11, nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debia hacerse estensiva á las libertas tenidas hasta entónces en amancebamiento, cuando el emperador habia solo hablado de las mujeres ingenuas, *L.* 10. *cit.* No bastó esto; algunos suscitaron otras dudas acerca de estas leyes, queriendo restringirlas á los hijos nacidos ántes de su promulgacion, privando de su beneficio á los engendrados despues. Esta disputa la dirimió en la *Nov.* 19: lo que ántes habia sancionado acerca del subsiguiente matrimonio de las libertas, lo amplió en la *Nov.* 78. *c.* 3. *y* 4, haciendo tan estensivo el uso de la legitimacion, que los hijos habidos de esclava, que despues de manumitida fuese elegida por esposa, habian de reputarse por legítimos sin necesidad de nueva manumision. Últimamente en la *Nov* 89. *c.* 8, confirmó los anteriores decretos, y en cuanto pudo, manifestó otros muchos medios, permitiendo á los que tenian concubinas, que sus hijos pasasen con la mayor facilidad al estado de legítimos por cierta imaginaria equidad que juzgó debia dispensarse á los legítimos, sin hacerse cargo de que así afirmaba el concubinato y las uniones indecorosas, y aún olvidándose de que las promovia. Vease la citada disertacion de B. Tomasio, en donde indica con bastante difusion las dudas y oscuridad de estas leyes, cuyos sentidos quiso esplicar en pocas palabras.

X. De aquí se colige con todo, que solamente pasaron al estado de legítimos los hijos, cuyos padres podian vivir en legítimo matrimonio y lo contraian despues de abandonar el concubinato.

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraído, ó los engendrados fuera de matrimonio, de cóito facineroso y criminal que repugna el matrimonio entre sus padres, no pueden ser legítimos, por-

que seria nulo el matrimonio, aunque de hecho se contrajese, y no produciria ningun efecto. Supóngase un hijo procreado de adúltera, ó de parienta en grado prohibido, y que despues se case la adúltera ó la parienta; ninguna influencia tiene el matrimonio, y aunque no se rescindiese, siempre quedaba nulo. Semejantes enlazes parece que los ha escluído Justiniano á primera vista en la *Nov.* 74. *c.* 6. y *Nov.* 89. *c.* 15.; pero no aquellos que no están prohibidos, aunque sean distintos del legítimo matrimonio. Por esto los intérpretes acostumbran acogerse á las ficciones legales, para sentar que el subsiguiente matrimonio debe retrotraerse, y suponer por una ficcion, que desde el tiempo del consorcio hubo legítimas nupcias entre los que despues se unen y consienten en el legítimo matrimonio. Por otra parte establecen que la legitimacion no puede tener efecto sino entre personas, á quienes era lícito desde el tiempo del concubinato pasar y vivir en matrimonio; por manera que si en este tiempo tuviesen impedimento, ni el matrimonio contraído despues podia surtir su efecto, aunque en aquel entónces pudiera efectuarse segun Derecho; porque, segun dicen, en las ficciones traslativas se requiere que los estremos sean hábiles; y por tanto, como en el tiempo de la concepcion hubiese impedimento, la lei no puede fingir que en este tiempo se ha contraído verdadero matrimonio, pues para formar esta ficcion, era necesario que persistiese la posibilidad, segun el sentir de *Franc. de Amaya, lib.* 1. *obs.* 4. *n* 2 *y* 3. *Alteserra. tr. de fict. jur. c.* 9. *Lauterbach. De legitim. per subsequent. matrim.* §. 32. *Sarmiento, lib.* 1. *Select. interp. c.* 5. *n.* 10. *Fachineo, lib.* 3. *controv. c.* 3.

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *L.* 12. *in fin. C. De natural. lib.*, en donde define generalmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

haya duda acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion sino al del parto; lo que esplica difusamente Amaya, *cit. l. n.* 5. Los que presentan estas razones, se apoyan en la ficcion retroactiva, y niegan que pueda haber matrimonio entre las personas que tenian impedimento de poder contraerlo al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado *n.* 13. que si el pontífice dispensase que el matrimonio, inválido por causa de impedimento, se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer legítima de modo alguno la prole habida ántes de ella.

XI. Para que de una vez salga de la oscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse: primero, que por Derecho antiguo sucedia algunas vezes que el matrimonio que ántes no era legítimo, lo era despues; en cuyo caso no quedaban legítimos los hijos habidos ántes del matrimonio, así como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legítimo, debia preceder el consentimiento del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aún debia intervenir, *pr. Inst. De nupt.*, y se suplicaba, cuando se renovaba el casamiento, *L.* 18. *De rit. nupt. l.* 7. *C. eod.* Y de tal manera era necesario que precediese á las nupcias, que solo se juzgaban legítimas desde el momento en que el padre las rectificaba con su aprobacion, *L.* 13. §. 6. *in fin. D. ad L. jul. De adult coerc.*; y los hijos tenidos ántes permanecian ilegítimos, *L.* 5. *Cod. De nupt. L.* 68. *D. De jur. dot.* Del mismo modo cualquiera podia tomar por esposa la que habia tenido por mucho tiempo en concubinato; lo que no aprovechaba á los hijos nacidos ántes, *L.* 13. §. 6. *Ad l. jul. De adult.* Era tambien ilegítimo el matrimonio que contrajese el magistrado, consintiendo la mujer, durante su mando en una provincia; pero si despues, dejando el empleo, ó cesando en él, persistia en el mismo propósito, se hacia legítimo, y por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de legítimo matrimonio *L.* 6. *C. De nupt.*, segun el parecer de Paulo en la *L.* 65. §. *De rit. nupt.*

XII. Por cuanto era válido el matrimonio despues, y legítimos los hijos, los jurisconsultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debia contarse desde el nacimiento, y los otros desde la concepcion. Paulo aseguraba el segundo estremo, *L.* 11. *De stat. hom.*, pues dijo : « que si viviendo el padre, é ignorando « el casamiento de su hija, esta concibiese, aunque el hijo « naciese despues de la muerte del abuelo, no parece ser « legítimo para aquel de quien ha sido concebido. » Otro caso nos ofrece Ulpiano en la *L.* 27. *D. De rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. « Si algun senador tu- « viere por mujer á una libertina, aunque no sea por en- « tónces legítima, lo principiará á ser, siempre que per- « diese la dignidad de senador. » ¿Será pues legítimo el hijo concebido entónces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tít.* 5. *fragm.* §. 10. : « En todos los que nacen de matrimonio contraído « segun Derecho, se mira al tiempo de la concepcion, » añadiendo « que por lo que toca á la libertad, debe « atenderse al tiempo del nacimiento ó del parto; » lo que corrigió el emperador en el §. *un. Inst. De ingen.* Por lo cual tenian sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si habia sido concebido ó no en aquel momento en que podia verificarse el matrimonio entre los cónyuges. Seguian en esto la autoridad del sabio Hipócrates. que asegura que al sétimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en la *L.* 12. *D. De statu hominum :* « se debe creer que el hijo nacido al sétimo « mes de legítimo matrimonio, es legítimo. » Figurémo-

nos que un hijo de familia haya contraído matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que despues de algunos años ha consentido; y que ha tenido un hijo nacido siete meses despues del consentimiento, se pregunta: ¿si seria legítimo, ó si se debia reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 dias, se tendria por nacido en tiempo legítimo, aunque pareciese que no habia sido concebido en el referido tiempo, en que la madre no podia aún ser legítima esposa, *L.* 3. §. 12. *D. De suis et legit. hered.* De aquí se coligen dos cosas: primera, que siempre fué dudoso este término, y tuvo uso primeramente, cuando se ignoraba si habia sido concebido ó no en el tiempo en que el matrimonio principiaba á ser legítimo. Lo segundo, que el sentir de los que opinan debe mas bien atenderse al tiempo de la concepcion que al del nacimiento, fué abrazado por muchos, afirmándose tambien por el rescripto de Divo Pio, *L. cit.* 3. §. 12. Discordes entre sí los jurisconsultos por espíritu de partido y amor á la secta á que pertenecian, solian decidir por los rescriptos auténticos de los príncipes las doctrinas legales, por cuyo motivo recurrian frecuentemente á ellos, cuando querian dar mayor peso á sus decisiones. Justiniano nos hace ver cuán contrarios fueron sobre el particular los pareceres, *L.* 11. *in f. C. De natur. lib.*; y al mismo tiempo se separa del dictámen de los que acabo de referir. « Definimos por regla general y reducimos á una « decision cierta todo lo que en semejantes casos variase, « estableciendo que en todas las dudas que ocurran en « los casos de cuestion acerca del estado de los hijos, se « atienda al tiempo del parto, y no al tiempo de la con- « cepcion; y se hace esto en favor de los hijos, esceptuando « los casos en que su misma utilidad exige que se atienda « al tiempo de la concepcion (por ejemplo, cuando se trate

» del estado de libertad.) » Lo mismo repitió despues en la *Novela* 89, *cap.* 8, para confirmar por ella el Derecho nuevo. Con semejante decision se han corregido las leyes anteriores, introduciéndose un nuevo derecho para que se conozca que se equivocan, primero, los que piensan que el Código no deroga por este principio á las Pandectas, por cuanto en la compilacion del Derecho una sola debe ser para el estado la legislacion: en segundo lugar, los que traen contra la doctrina de la legitimacion argumentos deducidos del antiguo Derecho, corregido segun se indicará.

XIII. De aquí infiero que no fué la intencion de Justininano atribuir al subsiguiente matrimonio legítimo genéricamente la virtud de legitimar todos los hijos habidos ántes, sino que quiso restringirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal, como era el consorcio concubinario, ó si alguno habia tenido hijos naturales de una esclava, sin cometer en ella estupro ni otra ofensa pública, pues que estaba permitido á los señores este cóito, por derecho de la potestad domínica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos ántes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios; pero no aquellos que estaban reprobados y prohibidos por las leyes, aunque despues de contraídos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib.* 11. *Sent. tit.* 19. §. 2.: « Los matrimo- « nios de los que están bajo la patria protestad, no se con- « traen legalmente sin el consentimiento paternal; pero « contraídos, no se disuelven. » La utilidad pública debe preferirse al interes de los particulares. Si el padre consentia despues, el matrimonio quedaba legítimo; pero los hijos, habidos ántes, no se legitimaban aún en tiempo de Justiniano; lo cual se estendia á las uniones prohibidas por la ley de la clase que ántes se ha dicho, aunque des-

pues degenerasen en legítimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del Derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que habia estuprado, no era legítimo el hijo habido ántes, sino que permanecia espurio, porque el estupro se reputaba crímen segun la lei julia *De adult.*

XIV. Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debia retrotraer al tiempo de la concepcion ó del parto: por manera que si el matrimonio podia ser legítimo entre los concubinarios, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante Sarmiento y Amaya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel en que debia atenderse al tiempo de la concepcion, y este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y ajena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte se halla sancionado que tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecer ficciones, cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque esta doctrina, de si debe ó no retrotraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es mui ajena de la legitimacion. Nada puede haber mas claro respecto del tiempo de la concepcion, que inmutó Justiniano por la *L.* 11 *in fin. De natur. lib.*, ni respecto del tiempo del nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos, en que el subsiguiente matrimonio no hace legítimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales, que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, trasformándolo en verdadero matrimonio. Si tuviese

lugar la ficcion retroactiva, se seguiria que los hijos nacidos de estupro deberian legitimarse por subsiguiente matrimonio segun Derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podia haber matrimonio entre ambos Por el contrario, sucederia que entre los que no podia haber legítimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el subsiguiente matrimonio para hacer legítimos á todos los hijos habidos ántes. Hé aquí un ejemplo tomado de la *Nov.* 78. *c.* 4., en donde se esplica así el emperador: « Y de tal modo nos « convencen las circunstancias y la verdad, que si alguno « tuviere hijos de una criada, y quisiere despues manumitirla para otorgar los instrumentos dotales, despues « por la misma consignacion de la dote tendrán los hijos « el derecho de libertad, que tambien se llama *res sui* « *juris*, sin que exijamos á los hijos una especial libertad, « pues que quedan manumitidos al mismo tiempo que su « madre recibiendo ántes ó despues la libertad, pues con « solo el otorgamiento de las escrituras dotales les concedemos libertad. ¿Qué mayor señal puede dar un padre « de la libertad de sus hijos, que presentar á su mujer « como libre en el solemne otorgamiento de los instru« mentos matrimoniales? » Bien claro está en el presente ejemplo que la madre era esclava al tiempo del nacimiento de los hijos. no existiendo el matrimonio en este tiempo, y no pudiendo en la comun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de ella por la manumision, ni por las nupcias contraídas despues legítimamente, cuando por concesion del emperador tiene el subsiguiente matrimonio el beneficio de que los hijos habidos ántes gozen del derecho de libertad; la deduce el emperador de la presunta voluntad de los que eligieron el concubinato, *L.* 10 *De nat. lib.*, sin que proceda de una ficcion del Derecho. Dice el emperador: « No es verosímil que todo el que

« consignó la dote y la donacion, no tenga á la mujer « desde el principio una inclinacion que la haga digna « del nombre de esposa. » Decidió el emperador que nada habia que fingir en estas palabras : deduce del amor á la mujer, que es probable que el marido tenga intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya manifestado hasta despues de tener hijos. Tercero, ¿qué necesidad hai de ficcion, cuando al matrimonio subsiguiente se le ha atribuído el efecto de que aproveche á los hijos habidos ántes, lo que es mui suficiente? Por cuyo motivo parece que el matrimonio intermedio les perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina, y depreciándola, contrae matrimonio con otra, y despues de morir esta, vuelve á tomar la manceba por esposa: si se insiste en la ficcion, habrá de concluirse que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos mujeres, cuya consecuencia repugnaria al Derecho romano, ó al ménos impediria la legitimacion de la prole concebida ántes.

XV. Se debió proponer todo con mayor distincion y claridad, para que constase si puede, y de qué manera puede tener lugar la legitimacion segun el Derecho que rige en el dia, y qué efectos tiene sobre los hijos habidos uera de matrimonio, cualesquiera que sean. Bien claro es que si insistimos en los principios del Derecho civil romano, esta legitimacion carecerá de todo efecto. Poco hace se ha demostrado, que por Derecho romano no tenia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito; cualquiera que sea, está reprobado, condenado y prohibido. Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá legitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que están en uso. No solamente está reprobado y condenado

por Derecho canónico el amancebamiento y contado entre los nulos, segun demostré en el *tom.* 2. *Jur. eccl. tit. De cohab. clericor. et mulier.*, sino tambien prohibido á los que no pertenecen á este estado. Véase *Ord. polit. de ann.* 1577, *tit.* 26 : por manera que una meretriz en nada se diferencia de una concubina segun las leyes; y los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el concubinato, que lo hacen mas detestable que la fornicacion. Así juzga Sarmiento *L.* 1. *Select. interpret. c.* 7. *n.* 1, diciendo : « Es mas detestable el amancebamiento y la « fornicacion concubinaria, particularmente con mujer « tenida en casa, que si no hubiese costumbre, y se fuese « á una prostituta. » De donde colige, que « nadie puede « llamarse ahora hijo natural : el nacido de meretriz no « lo es, porque es espurio : tampoco se pueden llamar « así los habidos de concubina, porque está prohibido el « concubinato por el Derecho canónico, y si se tienen « hijos de él, se comete un gran pecado. Es ridículo, » prosigue « que sea de mejor condicion el que perseveró « mucho tiempo en pecado, que el que se acerca alguna « vez á la prostituta; por manera que se tiene por mas « punible el cóito con una concubina que con una mere- « triz. » Estos principios, que están vigentes en el dia, impedirian toda legitimacion, si el Derecho nuevo no introdujese el canónico, del que usamos.

XVI. Esto supuesto, es claro que la legitimacion no tiene en el dia lugar sino para aquellos que nacen de punible ayuntamiento; la que desconoce el Derecho civil, pero la adopta el canónico : y esto mismo se debe esplicar por otros principios diferentes del Derecho civil, segun confiesa Lauterbach en su disertacion *De legitimat. per subsequent. matrim.* §. 30. Por esta causa hoi se legitiman los espurios, que son los habidos de estupro; lo que enseñan los testos del Derecho canónico. En el *c.* 1. *X. Qui*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

filii sint legit. se manifiesta un caso, en que uno se habia casado con una mujer de quien ántes habia tenido una niña, cometiendo de este modo estupro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. « Mandamos, dice, en cuanto sea así, que se tenga por « legítima, prohibiendo que á semejante mujer por este « motivo, se le cause daño ó perjuicio en la herencia « paterna. Si alguno contraviniere á esto, perseguídle « con todo el rigor de las leyes eclesiásticas. » Muerto el padre de esta niña, su tio cuestionaba sobre su estado, y pretendia escluirla de la herencia, por ilegítima. Y se hubieran cumplido sus deseos, si el papa, separándose del Derecho civil, no hubiese determinado que debian ser admitidos á la herencia los hijos de cóito reprobado. El mismo Alejandro III en el *c.* 6, *X.*, dijo despues generalmente: « Es tanta la virtud del matrimonio, que aquellos « que son engendrados ántes (de punible ayuntamiento), « se tienen por legítimos despues de contraído el matri- « monio. » Los que nacen en el dia ántes del matrimonio ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro cóito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio, segun este decreto pontificio. Alejandro III á este, y no á las ficciones retroactivas, adscribió la virtud de legitimar; y de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favorable, y aún la causa espiritual, que aconseja que se promueva de todos modos, segun espresa el testo original, en el que se dice: *tanta es la fuerza del sacramento.* Llama el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó de una soltera, *c.* 13. *X.*, siguiendo el error comun. No lo son segun Derecho civil, por el que solo se llaman naturales los habidos de cóito permitido, no del estupro ú otro cualquiera cóito prohibido: por mui honroso que sea el nombre que se dé á los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por Derecho canónico se dicen nacidos de punible ayuntamiento.

XVII. Estando pues señalada en favor del matrimonio la virtud de legitimar, que es grande por este motivo, *c.* 26. *De sent. et re judic.*, se colige, que por el subsiguiente matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de aquellas personas, que al tiempo del cóito ó del nacimiento no podian contraer legítimo matrimonio si despues por alguna causa estuviesen en estado de hacerlo. Se han suscitado graves controversias sobre este punto, en el que nada decidiríamos de cierto, si hubiéramos de atenernos á las opiniones de los jurisconsultos, pues no solo están discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del Derecho civil, sino tambien del canónico; y por esto sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por Derecho civil de ningun modo servia para los hijos ilegítimos el matrimonio contraído entre aquellos á quienes estaba prohibido: era injusto é ilegítimo, aunque en varios casos no se rescindiese, segun demostrámos arriba §. 12. Tampoco Justiniano hizo estensivo este beneficio á semejantes matrimonios, sino que lo limitó á los padres concubinarios, que desde un principio podian tomar por esposa á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaba indignos de él á los padres que habian contraído ilegítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la legitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, los que convenia estuviesen sujetos á la patria potesdad, segun costumbre de los romanos. El Derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que les hubiera servido de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará mui luego. Por lo mismo es mui probable que este Derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XVIII. Procuremos ver cuáles son estos, cuyo estado se ignora en el dia, porque no han podido sus padres desde el principio vivir en legítimo matrimonio. Debemos referir aquí, 1° los habidos de adulterio *c.* 4. *X, Qui filii sint legit.;* pues aunque el Derecho civil siempre tiene por ilegítimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, el Derecho canónico lo admite y reputa legítimo, esceptuando dos casos, *c.* 6. *X. De eo qui dux. in matrim.* 2° Los nacidos en grado prohibido, aunque se haya contraído el matrimonio, el que debe rescindirse por Derecho canónico *c.* 10. *X. Qui fil. sint leg.;* ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio; y ¿quién dudará entónces que es legítimo, aunque la cohabitacion ántes de la dispensa fuese nula? 3° Los engendrados de judía y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judía se convirtiese á la religion católica por medio del bautismo, es legítimo el matrimonio con ella; lo que no era permitido en el tiempo del cóito. 4° Si un esclavo, ó mas propiamente, si un señor tiene cóito con una criada, y de ella tiene prole ilegítima en el tiempo en que no quiere casarse, ¿qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque ántes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5° Los nacidos de desigual matrimonio, segun el Derecho germánico son ilegítimos é incapazes de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus, lib.* 1. *Hist. eccles. c.* 5.; de lo que tenian sumo cuidado los alemanes, para que con los enlazes humildes no se mancharan las familias ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Se llaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hai pocos ejemplos

de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *Dr Ludolf. De jure fam. ill. sellect.* 1. §. 8 *y* 12. *Sv. Adam Kop. De la gran diferencia entre los condes y los nobles, sec.* 3. §. 51. Si pues cualquier artesano se casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio por ilegítimo. Esto se halla confirmado en las disposiciones del Derecho provincial de Sajonia. *lib.* 3. *c.* 73, y de esta disposicion se hallan mil ejemplos antiguos y modernos recopilados por Ludewig. en los comentarios á *B. A. tit.* 30. § 2. *p.* 1374. *seqq. Dr. Ludolffio cit. l. sect.* 1. §. 3. *seqq.* Y si la mujer de inferior condicion por gracia del príncipe fuese elevada á la suprema nobleza, ¿aprovechará este beneficio á los hijos nacidos ántes, despues de confirmarse por legítimo el matrimonio, y tener efectos de tal? ¿Será reducido á aquel grado que piden las nupcias legítimas? ¿Qué deberá decirse, cuando el príncipe se case con una mujer noble ó plebeya, la que despues el césar eleva á la dignidad de condesa? Queda entre ellos legítimo el matrimanio que no lo podia ser ántes. Sucedió un ejemplo de esto en tiempo del emperador Rodulfo I, en el año de 1273. Casóse Rithardo, conde de Hanau, con Adelaida Ulirici, hija de un viejo, señor de Murtzemberg, cuyo matrimonio se afeaba algun tanto, porque Adelaida era hija de un padre menestral, y por concesion de Rodulfo con el consentimiento de todos los electores, fué declarada noble é ingenua, para que en lo sucesivo no se pusiese ninguna tacha á un matrimonio, que se validaba desde su principio. El canciller de la célebre academia Marpurgense. Waldsekmdio, nos refiere los diplomas y cédulas electorales.

XIX. Aquí recuerdo los habidos de ayuntamiento, que es sacrílego, con monje ó monja, pues bien se deja cono-

cer que en este caso nunca tendrá lugar la legitimacion, porque el voto de castidad obliga á los monjes siempre á la lei del celibato, sin que puedan aspirar al matrimonio. Pero no deja de haber ejemplos de algunos casos de lo contrario. Es bien sabido que el pontífice puede relajar el voto de castitad á los monjes y vírgenes consagradas á Dios, para contraer matrimonio y tener sucesion legítima. Dice Rosenthal *De defend. c. 7. concl.* 30, *n.* 3, 4 : « Si el « monje por dispensa del pontífice se casare, puede su- « ceder en el feudo, y aún todos los que por dispensa « dejan la religion, y como se dice, se secularizan, que- « dan hábiles para los feudos, esto es, para el matrimo- « nio. » El papa puede dispensar al monje para que se case y secularize, si lo exige una justa causa, como dice el mismo en el luger citado. Importa confirmar esto con ejemplos. Muerto por los moros Alfonso, rei de Aragon, fué sacado del monasterio Remelio en el año de 1160, y promovido al trono por dispensa del papa con facultad para poder casarse, *Rob. de Mont. in apend. ad chron. Sigebert. ad cit. ann.* Los polacos tambien coronaron á Casimiro, monje benedictino, sacándole del claustro, y despues contrajo matrimonio, porque se decia secular. Igualmente Uladislao, á pesar del vínculo monacal, que disolvió fácilmente el papa, vistió la púrpura secularizado, *Limneo ad B. A. C. 7. §. 1. obs. 10. Coppinno De sacrâ politicâ, lib. 2. tit. 3. n. 22.* Aunque segun el *c. 26. in f. X. De stat. monach.*, el guardar castidad es tan anejo al estado monástico, que contra ello no puede dispensar el sumo pontífice; esto sucede solo cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal, *Ponce De matrim. lib. 7. c. 10. §. 8.* Véase á *de Nicolis in Praxi canon., tom. 2.*

XX. Todavía añado los nacidos de consorcio con clérigos, á quienes en la Iglesia romana de tal modo está prohibido el matrimonio, que los hijos de clérigos, si se esceptúan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. ¿Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse, siempre que lo permita la dispensa del papa, si aún no estuvieren marcados con el carácter indeleble, y renuncian al estado clerical. Así puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que ántes habia estuprado sacrílegamente, y de la que habia tenido hijos. Repetidos ejemplos hai en nuestro imperio de algunos que sin haber ascendido todavía al órden sacerdotal, se casaron por dispensa pontificia, condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco habia obtenido ya el obispado de Petavia, promovido de párroco de Viena, segun dice Hundeo *in Metropol. Salib. tom. 1. pág. 214. noviss. edit.*; « Pero viendo, prosigue, que sus hermanos « estaban sin sucesion, y sin patrimonio los unos, y los « otros que habian contraído enlazes estériles, determinó « casarse : por dispensa del sumo pontífice lo verificó con « Juana, hija del último conde de los pierretas, con la que « se hizo heredero de todo el condado que confina con la « Helvecia. » En el año de 1314 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, previa la renuncia correspondiente, prefirió el estado secular al eclesiástico, dispensado por el pontífice : habiendo enviado al pontífice sus procuradores, renunció en sus manos el arzobispado solicitando al mismo tiempo que lo trasfiriese en su tio Engelberto, obispo de Leondia, cuya súplica, aunque la recibió mal el pontífice, publicando de acuerdo con los cardenales un decreto, para que en lo sucesivo á nadie se admitiera á las dignidades eclesiásticas sin estar ordenado de sacerdote (con lo que se quitan las resignaciones), ó sin tener seguridad de que se ordenaria; no obstante permitió que Adolfo abdicase, segun dice Nicolao Escateno, *in Anal. Paderborn. ad ann.* 13.

1364. *p.* 364. Enrique, conde de Obsatia, renunció el obispado de Osnabrumg en el año de 1404, y se secularizó, segun testifica Meibon, *tom.* 2. *De las cosas de Germania, p.* 240. *ann.* 1418. El papa Martino V en el concilio de Constanza permitió y dispensó á Juan, obispo de Leondia, para que dejase el obispado y se casara. *Véase á Fleury, tom.* 21. *Hist eccles. pág.* 511. *seqq* Enrique, hijo de Alberto rei de Bohemia, con dispensa del papa resignó y se casó con Isabel, hija del conde Ruperto, *Master, Cosmogr. in general Ausburg.* Etelfo, rei de Inglaterra, promovido ya al subdiaconato, con dispensa pontificia se coronó y casó, segun Alfordo, *Annal. Angl. ad ann.* 837. *n.* 7. No faltan tampoco ejemplos de cardenales que dejando la púrpura sagrada se han secularizado. Valentino, cardenal, por concesion de Alejandro VI renunció en un consistorio solemne, y se pasó al estado secular, *Barsllar, t.* 1. *Hist. de Luis XII. p.* 19, *Rainaldo*, 1498. Lo mismo hizo en el año de 1587 el cardenal Fernando de Médicis, para librar á su familia de la muerte, *Flaminio Parisio De reny. lib.* 5. Algunos obispos de Italia seguian esta costumbre, cuando lo exigia el interes de su familia, segun consta de Ruperto Ursino, que en tiempo de Julio II, año de 1512, dejó el arzobispado, mudó la vida clerical en una esposa que le amaba, segun dice *Uchel in Ital. sacr. t.* 9. *pág.* 352, *noviss. edit.* El mismo dice en el tom. 3, que « Alejandro, único de la familia « usimbárdica, con esperanza de tener prole, se casó con « Corsina, mujer noble » Todos estos ejemplos solo manifiestan que algunas vezes los clérigos por motivos propios de gente ilustre, despues de secularizados se han casado, aunque en el estado de clérigos eran inhábiles para hacerlo; y tampoco faltan ejemplos de haber puesto un clérigo embarazada á una mujer, y haber pasado despues, previa dispensa pontificia, á contraer matrimonio con la misma, perdiendo la cualidad de clérigo.

XXI. Con estos y otros ejemplos se disputa hoi de la eficazia de la legitimacion, segun los principios del Derecho canónico, con grande ardor y agitacion. Oigamos primero á los que dicen que debe quedar sin efecto semejante legitimacion por el principio de la práctica del dia. Sientan, que en los casos dudosos el Derecho canónico debe estar acorde con el civil, sin establecer entre ellos una diferencia tal, que pueda temerse que los cánones condenen la autoridad de las leyes : solo debe tener efecto la legitimacion de los hijos naturales, en cuyo lugar sustituyó el Derecho canónico los nacidos de soltero ó soltera, entre quienes podia haber legítimo matrimonio al tiempo del cóito, segun se demuestra, *c.* 13. *X. Qui filii sint legitimi.* El mismo pontífice en materia de legitimacion recurre á las leyes civiles, las sigue, de ellas toma las decisiones, segun testifica Inocencio III, *c.* 13. *in fin.* : procede esta legitimacion mediante la ficcion, por la que se retrotrae el subsiguiente matrimonio al tiempo del cóito, presuponiendo la habilidad de los cónyuges en este tiempo para contraerlo. Por el nuevo Derecho no obstante, basta que lo sean al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, para que mejor pueda aprovechar á los hijos, segun enseña Gonzalez, *c.* 1. X *Qui filii sint leg. n.* 12. Del mismo sentir fué Alejandro III, *c.* 6. *X. eod.*, por el que permite el uso de la legitimacion; pero escluyendo los hijos adulterinos por las siguientes palabras : « Si el « hombre viviendo su esposa, conociese otra (en cuyo « tiempo no podia casarse con ella), y tuviese hijos, aun« que despues de la muerte de su mujer contrajere ma« trimonio con la otra, es espurio el hijo que hayan te« nido, y está privado del derecho á heredar : mucho mas » (añade el pontífice), « si cualquiera de ellos hubiere ma« quinado alguna cosa contra la vida de la primera mu« jer : » arguyendo el pontífice del ménos el mas. Pues si

no se legitiman los hijos espurios por subsiguiente matrimonio, mucho ménos por un matrimonio nulo, cual es el contraído entre los que han maquinado la muerte de uno de los cónyuges; de todo lo que presenta las suficientes razones González en el lugar citado. De aquí debe colegirse, segun el sentir de Sarmiento, *lib. 1. Select. c. 3. n. 7*, que si un monje que todavía no ha profesado, tuviere un hijo, aunque haya resuelto no profesar, si no ha manifestado esto con acciones esternas, ni ha dejado el vestido monacal, el tal hijo no es natural, ni capaz de legitimacion. Lo propio debe decirse del beneficiado que hubiese determinado dejar el estado clerical; pero ántes de haberlo hecho, hubiera tenido un hijo, porque permaneciendo en el estado eclesiástico, era incapaz de matrimonio. Los argumentos deducidos en contrario sentido del *c. 6. cit.*, deben restringirse, segun siente Wiestneri *ad cit. decr. Qui filii sint legitimi.* Si pues segun las determinaciones de Alejandro III, es ilegítima é inhábil para la legitimacion la prole que no solo ha nacido, sino la que ha sido concebida, viviendo la mujer propia, de una estraña, debe reputarse por hábil la que se tuvo, no viviendo ya la esposa propia, de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento.

XXII. Es bien claro y cierto que los intérpretes para discutir esta cuestion siguen principios diversos, sustituyendo el antiguo Derecho ya corregido á los principios y razones que hai para decidir, y suponiendo ficciones que no existen. Pero como toda la fuerza de la decision depende de la verdadera interpretacion del *c. Tanta. 6. X. Qui filii sint legit.*, debemos recurrir á las fuentes para conocer el verdadero parecer de Alejandro III. El compilador de las Decretales truncó demasiado el testo, lo mutiló oscureciendo su verdadero sentido, que no puede entenderse sin recurrir á las verdaderas fuentes. La constitucion de Alejandro III se halla íntegra en el *apéndice del concilio lateranense III. part. 39. ann. 1179. tomo 6. concl. p. 2. p. 1819*, y su tenor es como sigue : « Nos « acordamos que consultados acerca de la causa que existe « entre R. y P. sobre cierta herencia que pide R. en « nombre de Sibila, su mujer, os hemos respondido y « escrito así : que si fuese cierto, segun contenia su carta, « que entre el padre y la madre del dicho R., despues de « su nacimiento hubo y se contrajo matrimonio, se debe « declarar por hijo legítimo sin recurso ni apelacion al- « guna, sin escluirle de la herencia paterna por esta « causa. » Estas palabras dan bien á entender que los hijos habidos de estupro, y tambien los de dañado ayuntamiento, se legitiman por el subsiguiente matrimonio. El pontífice da la razon de ello : « Tanta es la eficazia del « sacramento, que los engendrados ántes se tienen por « legítimos despues de contraído el matrimonio. » Se atribuye al sacramento la fuerza de legitimar que se cree oculta en el matrimonio, cuya virtud es tanta, que se cree la hace estensiva para los nacidos ántes de delito, haciéndolos legítimos : en esto solo insiste el pontífice, sin recurrir á las ficciones que no existen mas que en el cerebro de los intérpretes, pues la santidad del sacramento es tanta y tan eficaz, que se juzga suficiente para borrar cualquier mancha contraída de ilegítimos enlazes, si despues pudiese haber matrimonio legítimo entre los cónyuges. Las siguientes palabras que añade el pontífice, manifiestan claramente que la dispeusa ha de tomarse con esta restriccion. « Pero porque P., fuera de lo que se dice en « tus letras, nos ha manifestado que su padre, viviendo « su legítima mujer, tenia trato con R. y le habia en- « gendrado en adulterio, maquinando su madre la muerte « de la otra esposa, requerimos á tu fraternidad que lo « averigües, y si llegares á cerciorarte de que en vida

« de su legítima esposa el referido padre abusó pública-
« mente de la madre de P., le declares espurio é indigno
« de heredar, principalmente si su madre hubiere ma-
« quinado contra la vida de la primera mujer, porque no
« podian entónces contraer legítimo matrimonio. »

Todas estas palabras indican claramente primero, que Alejandro III fué consultado sobre el caso en que el matrimonio no podia ser legítimo entre los cónyuges, y porque era cuestion de hecho, delegó su conocimiento al obispo de Sinensia; segundo, que Alejandro III siempre fué de dictámen que el matrimonio contraído con adúltera era ilegítimo y de ningun valor, segun prescribian los cánones antiguos. Esto mismo indica él en el *c.* 6. *X. De eo qui duxit in matrim. quam pol. per adult.*, por las siguentes palabras: « Se nos ha propuesto que un marido que en
« vida de su mujer tuvo cóito con otra que ignoraba es-
« tuviese casado; muerta la primera, quiere separarse de
« ella, asegurando que en la vida de su mujer no le era
« permitido reunirse con otra. » El marido habia tomado pretesto para dudar en este caso de las disposiciones del Derecho antiguo, y el pontífice al decidir esta tésis, ni la abandona ni la deja, sino que se produce del modo siguiente: « Aunque esté establecido por los cánones, que
« ninguno se case con aquella con quien ha adulterado, ni
« con aquella á quien habia dado palabra en vida de su
« mujer, ó con la que ha maquinado contra la vida de su
« mujer, etc. » No habla aquí Alejandro restrictivamente, sino estensivamente, para manifestar que segun los cánones antiguos está mucho mas prohibido el matrimonio, tanto si se da á la adúltera palabra de matrimonio futuro, como si con las esperanzas de él se coliga con el adúltero para atentar á la vida de la legítima esposa. La partícula *mucho mas ó máxime* no limita, no restringe, no hace escepcion, sino que, segun sentir de todos, amplía

la disposicion. Ademas de esto el pontífice Alejandro toma este dictámen hipotéticamente; pero dice que no se debe dar lugar á que se aplique al caso, en que la mujer haya ignorado que el marido tenia esposa legítima, y por lo mismo haya obrado de buena fe, porque el marido siempre se debe juzgar indigno, por haber reportado utilidad de su dolo. De donde se colige que el matrimonio se podrá dirimir segun el dictámen del pontífice, si á sabiendas la mujer tuvo cóito con el adúltero, aunque no hubiese concurrido ninguna de las otras circunstancias. Graciano habia ya insertado en su compilacion la restriccion referida acerca del matrimonio de los adúlteros, y creía deberse aprobar, segun lo declara despues, *c.* 3, *...isus* 31. . 1; pero en tiempo de Alejandro, pontífice del mismo siglo, todavía no tenian las Decretales la autoridad indispensable, para que se arreglasen por ellas los pontífices en sus decisiones. Consta pues que Alejandro III fué de opinion, que los matrimonios de los adúlteros siempre debian reputarse por nulos genéricamente, y mucho mas si las circunstancias de que se ha hablado, aumentaban su criminalidad; prohibiciones que quiso restringir Graciano. De igual raciocinio usa Alejandro III *ex append. Concil. later.* en las palabras que dejamos referidas, particularmente cuando se le presentó un caso en que el adúltero habia conspirado contra la vida de la esposa; y da por razon de ello, *que no podian contraer legítimo matrimonio:* cuyas palabras omitió el compilador de las Decretales, no advirtiendo que contienen el fundamento para decidir.

XXIII. Por lo mismo esta decision no se puede aplicar á aquellos casos, segun el sentir de Alejandro III, en que puede ser despues legítimo el matrimonio entre los adúlteros: hecha ya la compilacion de Graciano, lo aprobó Inocencio III, como que fué amigo de seguir esta doctrina. En las palabra del *c.* 6. *X. De eo qui dux. in ma-*

trim. quam pol. per adult., sentó que podia contraerse matrimonio legítimo entre el adúltero y la adúltera, esceptuando los casos de que se ha hecho mencion, segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. De his qui sui vel alieni jur.* §. 12. y B. Tomasio en la disertacion citada. En cuyo caso se puede contraer matrimonio legítimo, quedando legítimo el hijo concebido de adulterio, sin que se pueda aplicar la disposicion del *c.* 6. *X. ibid.*, como que supone el adulterio que escluye aún despues el matrimonio. Finalmente la razon de esta legitimacion solo se descubre en la virtud del sacramento, que es tan eficaz, que puede aprovechar á los hijos habidos ántes. El pontífice estuvo mui léjos de seguir los principios del Derecho civil, que los escluye y separa de toda legitimacion; pero con arreglo al Derecho canónico, todos los que nacen fuera de matrimonio, nacen de cóito punible, como se ha demostrado. Esto supuesto, es evidente que los hijos nacidos de incesto, ó de ayuntamiento con monja ó monja, se legitiman por el subsiguiente matrimonio, siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto, depende de la resolucion de la disputa, « hasta dónde se estiende su potestad, que dis- « pensa tales matrimonios contrarios á las leyes, y si el « impedimento que los ilegitima, es eclesiástico ó civil; » lo que he esplicado en la disertacion preliminar al *tom. IV. Juris eccles. prol.* §. 53 *et seq.*

XXIV. Fácilmente se pueden resolver las dificultades traídas por los contrarios, que hemos indicado en el § 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el Derecho civil con el canónico, cuando uno y otro fundan sus decisiones en unos mismos principios y reglas. Pero en este caso ¿ quién negará que el Derecho canónico ha fijado diferentes principios, tomándolos de la virtud del sacramento? ¿ Quién dudará que

los hijos de estupro, cóito reprobado por las leyes, se legitiman por Derecho canónico? No basta que se digan naturales por Derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el Derecho canónico como naturales, no lo son en sentido del Derecho civil, sino que impropiamente se llaman así. El que el Derecho canónico *in c.* 13. *X. Qui filii sint legit.*, se apoye en las leyes civiles, no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina; ántes el mismo pontífice, en el testo ya citado, indica que en la legitimacion por rescripto el Derecho canónico no sigue al civil. Este separa de la legitimacion á todos los adúlteros, miéntras el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar. Esta diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente si se admite á estos á la legitimacion, no pueden ser escluidos aquellos. Pero el Derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro cóito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion, recurren á cierta ficcion, alegan lo que ha dicho el antiguo Derecho civil, en el que aún no se habia dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se habia fundado en el Derecho del Código, segun dejo demostrado arriba. No hai indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuando el pontífice atribuye toda esta eficazia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del matrimonio. Reconozco que el compilador, en lugar de la palabra *sacramento*, puso la de *matrimonio*, sin duda por la razon de que esta voz es mas clara en la materia. Al ménos en el apéndice al Concilio lateranense III existe la palabra *sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz, cuando truncó y desnaturalizó

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON ® DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

todo el testo del *cap.* 6. *cit.*, cuyo verdadero sentido no puede llegar á comprenderse sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente Wissnerio deduce el argumento contrario del citado capítulo, y lo comenta de tal modo, que por una parte no destruye lo que hemos dicho arriba, de que Alejandro III reprobó el matrimonio con la simple adúltera; y por otra, aún cuando así se admitiese, no deberia comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio; si bien hai duda acerca de los parientes en grado próximo, aunque sean libres, y acerca de los clérigos y monjes mezclados con una soltera.

XXV. Luego basta el matrimonio contraído despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras válidos los matrimonios, de suerte que la dote distingue la verdadera mujer de la concubina. El Derecho canónico no se contenta, ni puede contentarse con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraído *in facie Ecclesiæ*, lo que basta, *c. 2. in fin. X. De clandest. dispen.* Esta solemnidad no la exigia el Derecho romano, ni aún en tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio, mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *cit. diss.* §. *XXV*, que todavía avanza á mas. « Segun comun « sentencia de los doctores, el Derecho canónico ha re- « mitido ya la necesidad de las escrituras dotales. Pero « cuándo? Si no se puede alegar ningun testo en que « se haya dispensado el requisito de dichos instrumentos « por Derecho canónico, ¿cómo se ha de establecer por « este lo que no manda espresamente el Derecho civil? « En las cosas dudosas no debe haber diferencia. » No

tiene razon el referido jurisconsulto en preguntar, ¿en qué lugar deja de exigirse este requisito? pues debió manifestar, si proviene de los principios del Derecho canónico la necesidad de semejantes instrumentos. ¿Hai la misma razon para contraer estos enlazes, segun el Derecho canónico, que segun el civil? Dejamos demostrada su diferencia. Poca conformidad se establecerá entre ambos Derechos, si reconocen en los matrimonios los diversos principios que á primera vista ocurren. Dice: « Segun nuestra costumbre el matrimonio legítimamente « contraído, es suficiente para la legitimacion, aunque « no se hayan otorgado las correspondientes escrituras:» cuya tradicion no se contradice, ni puede contradecirse, segun la práctica recibida. Y cuando se pregunta, de dónde tienen orígen estas costumbres? cuál es su razon? cuál su fundamento? se debe recurrir á los que encierra el Derecho canónico. No han prevalecido contra la razon las costumbres alemanas, sino que estriban en fundamentos sólidos. ¿Quién ignora que el Derecho canónico ha dirigido la práctica que los alemanes han observado constantemente en materia de matrimonio, poco cuidadosos de que el Derecho romano se separe de sus costumbres en esta parte?

XXVI. Ademas, por Derecho romano se requeria para esta especie de legitimacion el consentimiento de los hijos naturales, por la *Nov.* 89. *c.* 11.; de tal suerte que si habia muchos naturales, solo quedaban legítimos los que consentian, *cit. Nov. c.* 11. *X. cit.* Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los padres, á quienes convenia reducirlos á la patria potestad: por el contrario, los hijos legitimados padecian *capitis-diminucion*, porque de libres y *sui juris* que eran, pasaban á ser *alieni* y estaban privados de todos los bienes, hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para

los hijos la propiedad, §. 2. *De adquis. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de ser mejor la condicion de los hijos naturales que la de los legítimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoi no se hace caso de este requisito, ni advierto que el Derecho canónico lo exija, porque toda la eficazia la atribuye al matrimonio. Hoi solo, segun este Derecho, se legitiman los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, cuyo estado es inferior al antiguo de los naturales. Los espurios, nacidos fuera de matrimonio, los de partos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, los de los matrimonios de que habla el pontífice en el *c.* 10. *ver. Perso. X. De renunt.*, y otros semejantes, pertenecen aquí, segun he declarado; y de todos ellos trata distintamente Gabriel Paleoto, *De nothis spuriisque filiis, c.* 16. *seqq.* Todos estos los escluye el Derecho canónico de los beneficios eclesiásticos; no quiere que sean clérigos, y en cierto modo los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, á los colegios de los artífices y al derecho de ciudadanos. Como en sentir de los clérigos, el mundo se componia y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumian saber mas que los legos, bárbaros é ignorantes, no podian dejar de ser despreciables todos aquellos que lo eran para los clérigos, y que ellos separaban de su ministerio, segun refiere Paleoto, *cit. c.* 27; pero dice que ántes no eran escluídos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoi es de gran beneficio para los espurios la legitimacion, que no redunda tanto en favor de los padres, como de los hijos, por las razones que nos da el Derecho canónico, que son las mismas que nos rigen en el dia. Luego hoi la legitimacion aumenta, y no disminuye el estado de los hijos; en lo que ellos deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto, que deba preferirse permanecer mas bien en la clase de natural que en la de legítimo, segun confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit.* §. 26. Ningun perjuicio se sigue á los hijos de legitimarse; al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el dia solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el dia se llama esto *mantel kinder;* pero no se juzgue que se hace esta ceremonia, para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este legítimo matrimonio confirmado con la bendicion sacerdotal, les aprovecha. Véase á Du Fresne *in glos. voc. Pallium.*

XXVII. Últimamente, tanto el Derecho civil como el canónico, quieren que el subsiguiente matrimonio sea válido y legítimo para la legitimacion. Dudaron si el matrimonio momentáneo, como el contraído á la hora de la muerte, puede tener estos efectos, por no poderse llamar verdadero matrimonio, porque cesa todo su fin, concluyendo al mismo tiempo que principia. Todos los argumentos que suelen objetar contra estos matrimonios, los reúne y resuelve Francisco Sarmiento, *lib. 1. Selec. interp. c.* 6. *n.* 1. y siguientes, que no reproduzco. Algunos dan una entera eficazia á este matrimonio, no porque la ficcion del Derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino mucho mas ántes, cuando nació el hijo: de cuya opinion me separo, por cuanto no se necesita de esta ficcion desconocida en el Derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimacion. El primero debemos tomarlo de que no es tan cierta la muerte, ni se han perdido las esperanzas de vida, en términos que aquel matrimonio pueda decirse fingido y no verda-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dero. Véase á Cocceyo *De matrim. moment.* El otro se debe tomar del Derecho canónico, y de su sentido, que lo atribuye todo á la fuerza del sacramento, y le favorece tanto, que ni lo reprueba entre viejos, pues quiere que en caso de duda se esté por el matrimonio, *c. f. X. De sent. et re jud. c. 3. in f. Qui matrem accus. pos. c. 4 X. De ret. et int.* Se sigue ademas que no carece de efecto semejante matrimonio, sino que se estiende al hijo nacido, de suerte que no se puede llamar matrimonio momentáneo ¿Qué diremos, si alguno contrae matrimonio bajo la condicion de legitimar el hijo ilegítimo, tenido ántes de una madre que consintió bajo esta condicion, y que la aceptó, pero despues no quiere vivir en union matrimonial? No creo que carezca de efecto, porque los cónyuges no están prohibidos de separarse por pacto recíproco (1), salvo siempre el estado del matrimonio en los demas derechos. Nada tengo que añadir acerca de los efectos de esta legitimacion, porque solo he querido hacer ver que hoi, segun los principios del Derecho canónico, es valida cualquier legitimacion.

XXVIII. Por iguales causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimacion, que se llama por rescripto, la cual fué inventada por Justiniano. Antes habia fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *L. 6. in fin. C. De nat. lib.;* la que Justino quiso abolir, *L. 7. cap. eod.*, y la reprobó Justiniano en la *Nov. 89. c. 7.* El mismo no obstante en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos; con lo que volvió á restablecer la legitimacion por arrogacion, que tambien se habia de conceder por rescripto del príncipe; lo que habia desechado en la citada Novela, segun

(1) Esta doctrina solo tiene uso en los países protestantes, en que se juzga el matrimonio disoluble aún *quoad vinculum*

observa B. Tomsaio en la disertacion citada. Esta legitimacion era subsidiaria, si la concubina no podia casarse, por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podia verificarlo sin deshonra; ó si elegia vida religiosa. Lo mismo dijo que debia observarse, segun el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque habia destruído esta resolucion en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimacion, no los hijos naturales; por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, segun observa Heraldo, *lib. I. quæst. jur. quot. lib. I. cap* 5: tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no habia otros hijos, segun indica Justiniano, *Nov. 89. cap. 9.* De donde concluye Heraldo, que todo el que tiene mujer legítima, no puede suplicar al príncipe que le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero ¿qué sucederá si muriese? si entrase en religion? si no pudiese casarse sin deshonra? En semejantes casos juzgo que no está denegado por Derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

XXIX. Pero hoi, dice Heraldo, que se observan en el foro principios mui diversos, y con este motivo se lamenta de que « hoi se pueden legitimar con semejantes codicilos « los hijos espurios, aún viviendo su madre; y esta gra- « cia la puede pedir no solo el padre sino tambien la ma- « dre, y los mismos hijos espurios. Aún mas: por ellos « pueden legitimarse, á pesar de que se oponga su padre, « y tenga mujer legítima; lo cual es contra el Derecho « romano. » Veamos si lo es tambien contra el canónico. Si con él se conforma la práctica forense, no se puede llamar errónea en Francia y Alemania, despues que vivimos bajo el Derecho romano, y no son solos los franceses los que usan de él; lo que debió haber observado Heraldo,

Si dijese alguno que el Derecho canónico no debió introducir principios diferentes del romano, no llevo á mal que se entable esta preferencia con el Derecho pontificio. Uno y otro son estraños, y si se considera la práctica del foro, debe considerarse y apreciarse segun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña que en estas doctrinas, como en otras muchas, se da la preferencia al canónico, nunca puede llamarse erróneo el uso que se haga de él, segun se va á demostrar.

XXX. Inocencio III. al *c.* 13. *X. Qui filii sint leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su mujer habia tenido de una concubina, despues de alegar varias razones en la curia romana para conseguir sus súplicas, que el pontífice presenta como motivos para dudar, dice : « Por cuanto « la Silla apostólica tiene plena potestad sobre esto, parece « que examinadas las causas con las que otras vezes ha « dispensado á otros hijos naturales, ménos legítimos, y « aún á los adulterinos, legitimándolos para actos espiri- « tuales, para que pudieran ser promovidos á obispos ; se « infiere con mas probabilidad que tambien quedan legi- « timados para los actos seculares. » El pontífice no duda ni niega estos principios ; mui al contrario se reconoce con toda la autoridad suficiente para legitimar aún á los adulterinos para los efectos espirituales, y tambien para los temporales en los países de sus dominios ; pero asegura que semejantes privilegios no pueden hacerse estensivos á los que están sujetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se harian semejantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales, á no ser que consintiesen en ella. De aquí colijo : 1° que el pontífice en materia de legitimacion, como en otras muchas, se ha atribuído, en cuanto lo permite su potestad, unas facultades plenas, amplias, sin restriccion alguna, que en la curia romana se suele llamar

plenitud de poder. El mismo dice, *c.* 4. *X. De concess. præb. eccles.* : « Segun la plenitud de nuestra potestad po- « demos dispensar aún sobre el Derecho : » de suerte que no está sujeto á lei, regla ni límites. Á esto oponen la potestad ordinaria que debe ejercerse segun lo prescrito por las leyes, y segun los antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices, segun prueba por sus mismas confesiones Launoy, *p.* 3. *epist.* 3. De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada y conforme á las reglas de Derecho, habla lo bastante Juan XXII en la bula del año de 1317 *tomo* 3. *act. publ. anglic. p.* 633. cuando dice : « Y aunque nos veamos colocados sobre el Derecho y li- « bres de él, nos vemos mas obligados delante de Dios á « observar la justicia, como que tenemos que darle cuenta « de mayor poder. » Pero raras vezes ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad : mui al contrario siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por cuanto los antiguos intérpretes, *ad L.* 31. *D. De legib.* siempre traían en la boca la distincion entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, aplicándola aún á la potestad de los emperadores, no fué desagradable á los magnates del palacio pontificio y regio adoptar esta doctrina, segun refiere en varias partes Pedro de Piedra, *De jur. quæst. non toler. per princ. c.* 1. *n.* 8. He aquí el dogma recibido : « Cuando « el príncipe hace alguna cosa con la plenitud de su potes- « tad, nadie puede decirle por qué haces esto, porque es « superior al Derecho, contra el Derecho y contra todo. » El mismo en el *l. cit.* 3. *quæst.* 1. *n.* 3. Acerca de la plenitud de la potestad de los papas, lo mismo dicen los empleados en el palacio romano : « La plenitud de potestad « no está sujeta á nada, ni circunscrita á límites algunos. » No es necesario referir todas las frases que trae Pedro de Piedra y otros escritores del Derecho pontificio.

XXXI. Á la sombra de esta doctrina recibida ya, los papas y los emperadores procedieron en las dispensas á su arbitrio, sin permitir que se les pusieran límites algunos. Ántes los observaban con gran cuidado los emperadores, pues hemos visto en el §. 29 los límites á que Justiniano habia sujetado la facultad de legitimar; y tampoco los traspasan los sucesores, aunque en su tiempo se habia hecho mui ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores mui raras vezes, y tansolo en casos estraordinarios y por causas mui graves la concedian, y no confirman así como se quiera directamente el matrimonio, en particular si pudieran resultar dudas de él, como en el caso que presenta un jurisconsulto, *L.* 57. *ff. De ritu nupt.* « Nos movemos, ya por el mucho tiempo en que estuviste « ignorante del Derecho en el matrimonio de tu abuelo, « ya porque has sido colocada por tu abuelo, ya por el « número de tus hijos: por lo tanto, concurriendo todas « estas circunstancias, confirmamos el estado de tus hijos « habidos en el matrimonio contraído contra las leyes, « por cuanto se ha celebrado ántes de los cuarenta años, « y quedan lo mismo que si fuesen concebidos legí ima- « mente. » Es notable y mui singular este ejemplo, porque enseña que algunas vezes han dispensado fuera del órden los emperadores por causas gravísimas, legitimando aún los hijos de matrimonio prohibido; pero esto era un medio estraordinario. El que inventó Justiniano, era ordinario, propuesto por cualquier padre natural, y concedido sin conocimiento de causa. Desde que principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias pasando todos los límites de la legitimacion, se ha hecho ordiniario, de tal manera que hoi es el modo mas comun de legitimar, y pueden verificarlo hasta los magnates.

XXXII. De todo lo dicho resulta, que se pueden legitimar hasta los hijos adulterinos é incestuosos, lo que

muestra Bergeso, en la *Eccles. jurisprud. crim. p.* 356. Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porque el pontífice aplicó lo mismo la palabra *dispensar* á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los condes palatinos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en el lugar citado, no es necesario mas, para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles, y para que sea admitido á ella, segun dice Corrado, *Praxis disp. lib.* 3. *c.* 1. Para los casos de los que eran escluídos por ilegítimos, se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraídas en tales nacimientos, y queden hábiles para los honores y derechos de ciudadanos. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide que sea su sucesor, porque aún no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espurio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion: consultado el ilustre cuerpo de abogados sobre el particular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, y que el padre no tenia derecho para contradecir, puesto que la legitimacion se regula en el dia por los principios espuestos, mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto, que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder, la legitimacion, que entónces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua; pero si lo hace la madre ó el hijo, es ménos plena, y vale solo para ciertos actos. Teniendo presente el objeto que me propuse en esta disertacion, omito otras muchas razones que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TÍTULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

§. CLXXIV. Trátase aquí de la adopcion, porque *es el tercer modo de adquirir la patria potestad*; pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber, de las nupcias y de la legitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era mui frecuente, pero entre nosotros se ve raras vezes, aunque no es enteramente desconocida: la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV. La adopcion se toma de dos modos: ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, *la arrogacion* y *la adopcion;* si se toma *estrictamente*, entónces *se opone á la arrogacion*. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos *¿qué es adopcion tomada en este sentido general y lato?* Resp. Es *una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza* (1). Dícese *accion solemne*, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y el peso delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la balanza, como luego veremos. Y tambien puede hoi llamarse accion solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dícese *por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, etc.* Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta: pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la

(1) La *L.* 1. *tít.* 16. *Part.* 4. la define diciendo que es « una manera « que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de « otros, magüer non lo sean naturalmente. »

hija. Se añade, *á uno que no lo es por naturaleza*. Así v. gr. Moises no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza;* axioma que tenemos literalmente en el § 4. *Inst. h. t.* El verdadero sentido de este axioma es, que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por adopcion, v. gr. un muchacho de diez años no puede ser padre natural; luego tampoco adoptivo. El hijo no puede ser mayor en edad que su padre natural; luego tampoco por la adopcion puede ser hijo el mayor de edad del que lo es menor; pues que la adopcion imita la naturaleza. De este axioma nacen muchas consecuencias dignas de notarse, que examinaremos en los §§. 176 y 177.

§. CLXXVI. Por lo dicho se conoce fácilmente, qué personas pueden adoptar. Todas las que pueden ser padres y engendrar. 1º Podrán pues los castrados adoptar? (1) De ningun modo; y es absurda la Novela 26 de Leon, que permitió á los eunucos el derecho de adoptar, puesto que la adopcion imita á la naturaleza. 2º Y los impúberes? (2) Tampoco, porque ¿de qué pueden servir los hijos á los que todavía son muchachos? Los impúberes no

(1) En España podrán, con tal que el impedimento no provenga de la naturaleza. « Mala andanza é ocasion mui grande aviene á las ve- « gadas á los omes, de manera que pierden aquellos miembros que « son menester para facer fijos. Así como por enfermedad ó por fuerza « que les facen algunos cortándogelos, ó tolléndogelos de otra guisa, « ó por ligamiento, ó por otro mal fecho que les facen, ó por otras « ocasiones que contescen á los omes de muchas maneras: onde estos « atales, que naturalmente eran guisados para engendrar, mas fueron « embargados por algunas de las razones sobredichas, non tenemos « que deben perder por ende; mas que hayan poder de porfijar, pues « que la natura non gelo tolló, mas fuerza ó ocasion. » *L.* 3 *tít.* 16. *Part.* 4.

(2) Véase la *L.* 2. *tít.* 16 *Part.* 4.

pueden engendrar, luego tampoco adoptar; la adopcion imita á la naturaleza. 3° Y las hembras? (1) Se niega. La adopcion imita á la naturaleza; es así que los hijos naturales no están en la potestad de la mujer; luego tampoco por la adopcion pueden hacer suyos los hijos ajenos. No obstante, por privilegio se concedió á las hembras el derecho de adoptar, para que se consolaran de la pérdida de sus hijos, §. 10. *Inst. h. t. L.* 5. *C. h. t.* 4°. Y los menores en edad ¿pueden adoptar al que sea mayor que ellos en edad? De ningun modo. La adopcion imita á la naturaleza, y no pudiendo, segun esta, ser uno por órden regular padre ántes de los diez y ocho años de edad, ni abuelo ántes de los treinta y seis, síguese que el adoptante debe esceder al adoptivo á lo ménos en una pubertad plena, esto es, en diez y ocho años (2), si quiere adoptarle por hijo; en dos pubertades plenas esto es, en treinta y seis años; si quiere adoptarle por nieto, §. 4. *Inst. h. t.* Pero como hayamos dicho arriba que el castrado no puede adoptar, y se observe otra cosa en el espadon, de quien dicen que puede hacerlo, §. 9. *Inst. h. t. L.* 2. §. 1. *L.* 40. §. 2 *ff. h. t.* se pregunta: en qué se diferencian los espadones de los eunucos ó castrados? Resp. *Espadones* son aquellos cuyo impedimento es temporal, como por enfermedad. Eunucos ó castrados son los imposibilitados para siempre *ob exsectionem*.

§ CLXXVII. Dice tambien la definicon que el fin de la adopcion es el consuelo de los que no tienen hijos; lo que nos ofrece un nuevo axioma, del cual nacen tres consecuencias. 1ª Que por lo regular no pueden adoptar los

(1) « Otrosí ninguna mujer non ha poder de porfijar, fueras ende en « una manera, si oviese perdido algun fijo en batalla, en servicio del « rei, ó en facienda en que se acertase con el comun de algun con- « cejo. » *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

(2) Lo mismo dicha *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

que no han llegado á los sesenta años, *L.* 17. §. 2. *Inst. h. t.* 2ª Que tampoco se permite fácilmente que adopten aquellos que ya tienen hijos naturales, *L.* 17. §. 3. *ff eod.* 3ª Que se exige el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á otro por nieto, *L.* 5. *L.* 6 *ff h. t.* La razon de esta última consecuencia es porque el nieto, muerto el abuelo, recae en la potestad del padre; y por lo mismo si mi padre adopta á un nieto, entónces, muerto mi padre, este adoptivo se hace hijo mio. Si es hijo, tambien será heredero, y habré de tomarle por tal contra mi voluntad. Lo cual no permitiéndolo los principios del Derecho romano, se debe decir que se exige absolutamente el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á uno por nieto. Algo mas difícil es dar la razon de las dos primeras consecuencias: Enrique Bernardo Reinold, *in Variis c.* 42. hizo ver con varios ejemplos de príncipes, que muchos que ya tenian hijos habian adoptado á otros; pero sin embargo no por eso es ménos cierto lo dicho. Porque (a) las leyes alegadas son bastante claras y evidentes. (b) Lo que se permite á los príncipes, no se permite fácilmente á los particulares. (c) Perizon. *Animadv. hist. c.* 3. *p.* 125. manifestó que aún estas adopciones de los príncipes no dejaron de ser censuradas por el pueblo: y ¿hubiera este tenido mas tolerancia con las adopciones de los particulares, si las hubieran hecho contra estas leyes? (d) En Ciceron, *Orat. pro domo, c.* 13, se ve que impugnó la adopcion de Publio Clodio, porque su padre adoptivo tenia ya hijos naturales, y la llama por esto fingida y simulada. ¿Con qué derecho, ni con qué vergüenza hubiera dicho esto Ciceron, si ordinariamente se permitiera que adoptasen los que ya eran padres? No quepa pues la menor duda en que lo regular fué no concederse la adopcion á los menores de sesenta años, ni á aquellos que ya habian tenido hijos. Y el que alguna vez,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fuera del órden regular, se hiciesen algunas adopciones, se debe mirar como privilegios que no pueden servir de ejemplo.

§. CLXXVIII. Hasta aquí hemos tomado la adopcion en el sentido lato. Y en él es de dos maneras, ó *arrogacion*, ó *adopcion estrictamente dicha* (§. 175.). En dos cosas se diferencian estas dos especies.

1ª *En el sugeto.* Porque los hombres *sui juris*, no constituídos en la potestad de nadie, son arrogados; los hijos de familia, y por tanto hombres sujetos á poder ajeno, son adoptados.

2ª *En la forma ó en el modo.* Porque la arrogacion se hace por beneficio del príncipe con su rescripto : la adopcion por autoridad del magistrado, á cuya presencia, si el padre declara que quiere dar á otro aquel hijo en adopcion, y el adoptante quiere tambien recibirle en lugar de hijo, se concluyó el negocio. De la arrogacion tratamos en el §. 179 al 182., y de la adopcion, § 183 al 186.

§. CLXXIX. Por lo dicho se entenderá fácilmente la definicion de la *arrogacion*. La arrogacion es *un acto por el cual un hombre* sui juris, *es reducido por la autoridad del sumo imperante á la patria potestad de otro.* Se pregunta aquí, ¿por qué debiendo determinar antiguamente el pueblo acerca de la arrogacion en los comicios *calados*, y mediando la autoridad de los pontífices, se apropió despues el príncipe este derecho? En efecto la arrogacion se hacia en otro tiempo en los comicios : el padre arrogador declaraba en ellos que queria tomar á fulano por hijo. Este era preguntado, si queria aprobarlo, y consentia en aquella arrogacion. Si decia que sí, preguntaban en seguida á los pontífices, si permitian que aquel hombre *sui juris* pasase á la familia y potestad de otro ; y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la

fórmula solemne : *¿Queréis mandar, quirites, que fulano sea por lei y por derecho hijo de Lucio Ticio, del mismo modo que si hubiese nacido de él y de su mujer?* (*Velitis, jubeatis, quirites, ut hic... sit lege et jure L. Titii filius, æque ac si ex eo, ejusque matrefamilias esset natus?*) Finalmente entónces se ponia á votar el pueblo, y si lo aprobaba la mayoría, en este caso se tenia por consumada la arrogacion. Esta ceremonia la hemos esplicado con alguna prolijidad en nuestras *Ant. rom. h. t.* Pues si antiguamente estaba en poder de los pontífices y del pueblo el conocimiento de la arrogacion, ¿con qué derecho se lo apropiaron posteriormente los emperadores? Resp. 1° Porque el pueblo trasfirió al príncipe todo su derecho por la lei Régia, § 6. *Iust. h. t.* 2° Porque los príncipes eran al mismo tiempo pontífices máximos, como claramente demostró Andres Bosio, *De pontific. max. Imp rom.*, libro que dió primero á luz en tomo suelto Grevio, y despues fué insertado en el *Tesoro de antigüedades romanas*. Así que reasumiendo en si los príncipes, sin ninguna oposicion, los Derechos del pueblo y de los pontífices, no es estraño que interpusiesen su autoridad en las arrogaciones.

§ CLXXX. Se pregunta ya, cuál es la esencia de la arrogacion. En la definicion hemos visto, que por ella, de un hombre *sui juris* se hace un hombre sujeto á potestad ajena. De aquí se sigue que es una especie de *capitis diminucion*, á saber, la mínima. Pero como á nadie se le pueden quitar sus derechos contra su voluntad, de aquí coligieron mui bien los antiguos, 1° que era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado (1). Este debia manifestar su aprobacion, y ser primero preguntado

(1) « Pero si porfijasen alguno que non oviese padre, ó si lo oviese, « fuese salido de su poder, entónces conviene por fuerza que este tal « consienta manifiestamente, otorgándolo por palabra. » *L. 1. tit 16. Part. 4.*

si prestaba su consentimiento, *L. 11. ff. De his qui s. etc.* 2º Se deducia tambien que los hijos y bienes del arrogado debian pasar á la potestad y dominio del arrogador. Porque en cuya potestad está la persona principal, en la misma están tambien todas las cosas accesorias, y por eso los hijos y bienes de arrogado pasan como accesorios á la potestad del arrogador: y los antiguos llamaron á la arrogacion modo universal de adquirir (véase *Inst* §. 1. *De adquis per arrog.*), porque el arrogador adquiria con el arrogado todos los bienes y derechos de este, á escepcion de los que se perdian por la *capitis-diminucion*. 3º Era otra consecuencia que los impúberes no podian ser arrogados. Como estos no tienen aún entendimiento para saber lo que les conviene, por eso no pueden consentir ni dar su aprobacion, ni por consiguiente ser arrogados. Si se objeta que el tutor puede interponer su autoridad, responderemos que tutela es *la fuerza* y *potestad en una cabeza libre para defender al que no puede hacerlo por su edad*. Luego el tutor puede defender al pupilo, mas no arrogarle, porque esto sin duda escede de la facultad del tutor. Siendo así pues que por Derecho antiguo no podia el pupilo ser arrogado, el emperador Antonino Pio templó algun tanto este rigor; pero no obstante ligó con tantas limitaciones esta arrogacion de los impúberes, que no era fácil hallar quien quisiese arrogar con tales trabas. Vamos á examinar estas condiciones.

§. CLXXXI. Antonino requiere, 1º el *consentimiento de los parientes*, como que médian sus intereses, por cuanto muerto el impúber serian sus herederos ciertos, pues que el impúber no puede otorgar testamento. Por eso el emperador consideró justo que no se les privase contra su voluntad del derecho que tenian adquirido, y así mandó que interviniese su consentimiento. 2º *La autoridad de los tutores*, la cual es necesaria para suplir el

defecto de juício en el pupilo, especialmente cuando amenaza peligro de lesion, como en la arrogacion. 3º *Conocimiento de causa*, pues el magistrado debe inquirir, si se quiere arrogar con buena intencion; si hai legítima causa de arrogar; si el arrogador tiene ó no tiene hijos, y si tal arrogacion conviene al pupilo etc. 4º *Fianza ó seguridad*, por la que se asegure (a) *á los parientes* que se les restituirán los bienes del arrogado, muerto dentro de la pubertad: (b) *al mismo pupilo*, que si fuere emancipado ó desheredado, se le restituirán, no solo los bienes que ha llevado á poder del padre arrogador, sino tambien la cuarta parte de los suyos propios, §. 3. *Inst. h. t.* Acerca de esta cuarta parte hai una gran disputa sobre si debe entenderse de la cuarta parte de todos los bienes, ó solamente la cuarta parte de la porcion legítima. Porque si ha de entenderse de todos los bienes, en este caso será mejor condicion la de los arrogados que la de los hijos naturales, quienes no pueden pretender mas que la porcion legítima de los bienes paternos. Qué se debe pues establecer acerca de esto? Que se ha de entender de la cuarta parte de todos los bienes, (a) porque así se dice espresamente en el §. 3. *Ins. h. t. L. 2. C. De adop. L. ult. ff. Si quid in fraud. cred.* (b) Porque esta cuarta parte no se pide por la querella de inoficioso testamento, sino mas bien por el juicio de particiones, §. 8. §. 15. *ff. De inoff. test. L. 2. §. 1. Fam. ercisc.* Pero así ¿no será mejor la condicion de los hijos arrogados que la de los legítimos? No por cierto, porque, como diremos mas abajo, no puede ordinariamente arrogar el que tiene hijos naturales, y por consiguiente tampoco puede perjudicarlos, aunque el arrogado reciba la cuarta parte de todos los bienes. Así lo espone mui bien Vinnio, *Comment. d Inst. h. t.*

§. CLXXXII. Trataremos ya de *los efectos* de la arroga-

cion, sobre lo cual se establece la siguiente regla: *del mismo derecho gozan los arrogados que los hijos naturales.* La razon es, porque son reducidos á la patria potestad. De aquí es, 1° que toman el nombre del arrogador, bien que entre los romanos tambien conservaban el suyo con alguna leve inflexion. Por ejemplo: Augusto ántes de la adopcion se llamaba Octavio, y despues de ella empezó á llamarse Julio César Octaviano. Del mismo modo Publio Emilio, despues de la adopcion hecha por Escipion, se llamó Publio Cornelio Escipion Emiliano. 2° El arrogado por un noble se hacia noble, y el que lo era por un plebeyo, plebeyo; lo cual no sucede en el dia, porque la nobleza no está en el arbitrio de los privados, sino que se concede por la suprema autoridad en premio del mérito. 3° Pero lo que debe observarse bien, es que la arrogacion da los derechos de agnacion, y no los de consanguinidad ó cognacion, *L. 23. ff. h. t.* Quiere decir, que el arrogado se hacia sí pariente del padre arrogador, y de todos los que eran de su familia, pero no de la mujer, ni de la familia de esta. Así es que la mujer del arrogador no era madre respecto del arrogado, ni tio ni tia el hermano ni hermana de ella. Por el contrario, el arrogador respecto del arrogado se hacia padre, el hermano del arrogador tio, su hermanatia etc. 4° Finalmente se seguia que el arrogado sucedia tambien al padre arrogador y á todos los parientes de este como agnado, mas no á la madre, ni á los parientes de ella. §. 2. *Inst. De legit. agn. success.* Basta acerca de la arrogacion: resta que tratemos de la adopcion estrictamente dicha.

§. CLXXXIII. Hasta aquí hemos hablado de la arrogacion; ahora pasaremos á la *adopcion* propiamente dicha, que definimos así. La adopcion es *una accion de la lei, por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres.* Decimos 1° *accion de la lei,* pues hemos visto arriba (en el §. 69)

que se llaman así aquellas cosas que se debian esponer (a) á presencia de cierto magistrado, (b) con ciertos ritos y fórmulas, (c) sin procurador, condicion ni dia; y tal era la adopcion. En efecto no se podia hacer privadamente sino á presencia del magistrado, en quien residia la accion de la lei, cuales eran los cónsules, procónsules, pretores y presidentes de las provincias. Se debia tambien esponer con solemnes ritos y ciertas fórmulas, pues que el padre vendia tres vezes el hijo al adoptante por la moneda y la balanza, y el comprador usaba de esta fórmula: *digo que este hombre es mio, pues le he comprado con esta moneda y balanza de cobre.* Véanse nuestras *Ant. rom. h. t.* Despues veremos que tampoco se podia hacer la adopcion, ni por procurador, ni bajo condicion, ni hasta determinado dia. Por lo que siendo requisitos todos de las acciones de la lei, mui bien se considera como una de ellas la adopcion. Añadimos: *por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres;* con cuyas palabras se distingue la adopcion de la arrogacion; pues como hemos visto arriba, los hombres *sui juris,* ó padres de familia son arrogados; y por el contrario, adoptados los hijos de familia. Ademas, la arrogacion se hace con autoridad del príncipe, la adopcion con la del magistrado; y eso con la de cualquiera, aunque no sea competente, porque es un acto de voluntaria jurisdiccion.

§. CLXXXIV. Por esta definicion será fácil responder á las preguntas siguientes: 1ª quiénes son adoptados? 2ª Cómo se hace la adopcion? 3ª Cuál es su efecto? 1° En cuanto á la primera pregunta, atendiendo á la definicion decimos que son adoptados *los hijos que están en la potestad de sus padres.* De aquí deducimos 1°, *que basta el consentimiento del padre;* lo cual no es así en la arrogacion pues el que va á ser arrogado debe tambien consentir y

hacerse parte. (§. 180.) Empero en la adopcion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo, con tal que quiera el padre, en cuya potestad está, *L.* 5. *ff. h. t.* (1). La razon es porque el hijo constituído en la patria potestad podia ser tres vezes vendido por su padre (§ 138), y la adopcion no era otra cosa que una triple venta imaginaria, segun hemos manifestado en el §. anterior. Por consiguiente, al modo que en la venta no se requeria el consentimiento del hijo, así tampoco en la adopcion. 2º *Los infantes podian tambien ser dados en adopcion, y ser adoptados*, L. 42. *h. t.* Los impúberes no podian ser arrogados, á no ser con muchos requisitos, de que se ha tratado en el §. 181, pero los infantes podian ser adoptados. Por qué así? Porque ya hemos visto que no se requiere en la adopcion el consentimiento de los infantes. El padre podia vender al hijo recien nacido, *L.* 2. *C. De patr. qui fil. distrax.*; luego nada impedia tampoco que el infante fuese dado en adopcion. 3º *No podian ser adoptados los hijos nacidos de concubina, L.* 7. *C. De nat. lib.* Porque siendo los hijos que se adoptan los constituídos en la patria potestad, segun nuestra definicion del §. anterior, y no estando los hijos nacidos fuera de matrimonio de una concubina bajo esta patria potestad, como que solamente nace de las nupcias legítimas (§. 144), se infiere claramente, que los hijos naturales, ó nacidos de concubina, no pueden ser adoptados.

§. CLXXXV. IIº. Se pregunta, *cómo se hace la adopcion*? Con arreglo á la definicion respondo, 1º que debe hacerse con autoridad del magistrado en quien reside la accion

(1) « É porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legitimos é « naturales á otros que los porfijen, por ende en tal porfijamiento como « este, ha menester que aquel á quien porfijan, que consienta, otor- « gándolo por palabra, ó callándose non contradiciendo. » *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

de la lei, que hemos esplicado en el §. 183. 2º No puede hacerse, ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni sin las solemnidades prescritas por el Derecho, por exigirlo así la naturaleza de las acciones de la lei, las cuales no admiten dia ni procurador, sino que deben ser espresadas por cualquiera en su persona propia. Arriba hemos visto el rito antiguo : hoi dia ya no se necesita de aquellos ambages y ventas. Es suficiente (a) que el padre natural y el adoptivo vayan á cualquier juez, aunque no sea competente ; (b) que declare el uno que quiere dar en adopcion, y el otro adoptar al muchacho, (c) y pidan que este acto se note en los registros públicos. Con esto queda perfeccionado el negocio, por haber quitado Justiniano el antiguo rito, y sustituído este nuevo en la *L. últ. C. De adop.*

§. CLXXXVI. IIIº. Resta saber, *cuál es el efecto de la adopcion*? Aquí debe notarse que entre el Derecho antiguo y el nuevo hai una gran diferencia. *Por Derecho antiguo* era uno mismo el efecto de la adopcion y de la arrogacion, á saber, la patria potestad. Así es que los césares Cayo y Lucio, á quienes habia adoptado Augusto, eran tan hijos suyos como Tiberio, á quien habia arrogado posteriomente. Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad, *L.* 25. *pr. L.* 37. *ff. De adopt.* (1) Pero el *Derecho nuevo*, introducido por Justiniano en la *L. pen. C. h. t.* mudó la cosa enteramente. Con efecto el emperador manda distinguir, si la adopcion se ha hecho por alguno de los ascendientes, como por el abuelo materno, ó por algun estraño. Si el que adopta, es alguno de los

(1) En España, aún cuando en la *L.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4., se dice indistintamente que el adoptado no pasa á la potestad del adoptante, sin embargo la distincion establecida por Derecho romano entre adoptantes, ascendientes y no ascendientes, está aprobada por la *L* 9. *y* 10. *tit.* 16. *Part.* 4.; siendo de advertir que el emancipado por el ascendiente que le habia adoptado, recae bajo la potestad del padre natural, *d. L.* 10. *al fin.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena* y *perfecta*. Si por el contrario el que adopta, es un estraño, no se trasfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores adopcion *imperfecta* ó *ménos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion ménos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aún cuando se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato, §. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohibe al padre adoptante que, hecho testamento, prefiera y esclaya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituídos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituídos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 11 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres].

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio : *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad;* y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136), y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, I° *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio : la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos de

(1) « Por muerte natural se desface el poderío que há el padre sobre « el fijo, ca luego que muere el padre, finca el fijo por sí. » *L. 1. tít. 18. Part. 4.*

(2) Como en España, segun queda dicho en la §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *su*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena* y *perfecta*. Si por el contrario el que adopta, es un estraño, no se trasfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores adopcion *imperfecta* ó *ménos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion ménos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aún cuando se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato, §. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohibe al padre adoptante que, hecho testamento, prefiera y esclaya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituídos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituídos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 11 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres].

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio : *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad;* y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136), y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, I° *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio : la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos de

(1) « Por muerte natural se desface el poderío que há el padre sobre « el fijo, ca luego que muere el padre, finca el fijo por sí. » *L. 1. tít. 18. Part. 4.*

(2) Como en España, segun queda dicho en la §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *su*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

primer grado, en verificándose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad; mas no lo quedan los de grados ulteriores, si sobrevive alguna persona, en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo, en la *fig. 11. de la lám. II.* muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuarto un biznieto, que es el sesto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sesto no lo quedan, porque son de grados ulteriores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo: entónces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sesto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. II° *La muerte civil*, esto es, la capitis-diminucion máxima, y que equivale á la muerte, *L.* 209, *ff. De reg. jur.* porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la média estranjero (*peregrinus*): es así que ni un siervo ni un estranjero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvia por la capitis diminucion máxima y média. III° Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima *en la adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente y *en la emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo, mas bien trasfiere la patria potestad, que la disuelve; el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

§. CXCII. Hemos visto que la patria potestad se disuelve

juris los hijos; lo cual no obstante debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las velaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe esceptuarse el caso, en que el padre, que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *L.* 7. *tit.* 16. *Part.* 4.

por la média capitis-diminucion, por la que se pierden los derechos de ciudadano; lo cual se verifica en el Derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó estranjero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del Derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hai mucha diferencia entre el destierro y la relegacion: aquel quita los derechos de ciudadano, y reduce al desterrado á la condicion de estranjero; pero esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Así, por ejemdlo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé qué delito; mas no por eso dejaba de ser ciudadano romano; por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la relegacion, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tansolo relegado el emperador. Por eso dice en el *lib.* 5. *Trist. eleg. XI*:

Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.

Siendo así pues que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdia por ella el dominio del derecho quiritario, y por consiguiente tampoco se disolvia la patria potestad por la relegacion; que es lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ninguna especie de dignidad quitaba el derecho de patria potestad; y así es que, bien

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote etc., permanecia con todo hijo de familia; y aún cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiria, era para este. Esto lo esplica mui bien Dionisio Halic. *lib. II. Antiq. rom.*, donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas y que arengaban al público con aplauso, habian sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecia que turbaban la república. Resulta pues que la lei establecia no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCIII. Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potestad (1). En efecto, 1º al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. C. De consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se habia observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del gran Constantino, se solian llamar así los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valian como de padres, y que venian á ser lo que en el siglo penúltimo los cardenales de Francia Richelieu y Mazarino. Á estos, si eran hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. 2º Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, así fué que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov.* 81. *c.* 3., y tambien los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco, *Nov.* 81. *c.* 1. y *L. ult. C De decur.* Se puede preguntar, ¿ si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato; mas no los emancipados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga que como un beneficio, ser librado de la patria potestad. Pero se responderá, que en realidad era beneficio, porque (a) de esta manera se verificaba que cuanto adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo así que del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. De consul.* y *Nov.* 81. *c.* 2. les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y así en las cosas favorables conservaban los derechos de familia y los perdian en las odiosas.

(1) En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre en la *L.* 7 á la 15 del *tit.* 18. *Part.* 4., entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rei, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov.* 81.

§. CXCIV. En el §. 191. dijimos, que tambien *por la emancipacion* se acababa la patria potestad, y así trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y el peso (*per æs et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigia su testimonio (*antestatos*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de la potestad paterna á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente cuantas vezes un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es mui conforme con el principio que sentámos en el §. 190., porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituídas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Hai tres clases de emancipacion; la *antigua*, derivada de las XII Tablas; la

anastasiana, que fué inventada por el emperador Anastasio, *L.* 5. *C. De emancip. lib.* y la *justinianea*, que introdujo Justiniano, *L. ult. C. De emancip. lib.* Vamos pues á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCV. La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres vezes, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en el peso: afirmo que este hombre es mio por derecho quiritario, pues le he comprado con esta moneda, que ha sido contrastada en ese peso de bronce (*hunc hominem jure quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hac eneâque librâ*). Hecho esto, se llegaba el antestado al oído de los cinco testigos, y les encargaba que se acordasen de la venta. El hijo así vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetia tercera vez con los mismos ritos; y entónces tres vezes vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII Tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres vezes á su hijo (§. 138); luego, tres vezes vendido y manumitido otras tantas, salia de la patria potestad. Debe observarse que tambien las hijas y los nietos podian ser emancipados; pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacia una venta. Por lo demas este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI. Con efecto entónces se introdujo un nuevo modo de emancipar, porque el emperador Anastasio, *L.* 5. *C. De emanc. lib.* estableció, que si el padre queria emancipar á sus hijos, le bastaba alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta emancipacion tenia los mismos efectos que la antigua, hecha por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requeria, era, 1° un memorial (*litteræ supplices*) dirigido al príncipe por el padre; y 2° el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aún esto no dejaba de parecer muí molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de África queria emancipar á un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y obtener allí el rescripto; cosa que no podia hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y al efecto estableció un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVII. Efectivamente la emancipacion justinianea no se hace por el príncipe, sino ante un juez; y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria. Requiérese 1° que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea en dia de fiesta, ya en dia judicial; bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden practicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio, *L.* 2. *L.* 8. *C. De feriis.* §. 2. *Inst. De libertinis.* 2° Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoi no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tansolo consintiéndolo, *L.* 5. *C. De emanc. lib. Nov.* 81. *c.* 11. 3° Que el padre declare querer librar de su potestad á este hijo, y que el hijo declare conformarse con esta voluntad de su padre. 4° Que el juez lo escriba en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera consumada la emancipacion, *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVIII. Pregúntase, ¿si el padre puede contra su

voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190), porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos; y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituídos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice, que *el padre* casi *de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi* de ningun modo, se infiere que hai algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aún contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar á sus hijos. Vamos pues á verlos: los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos:

(a) *Si genitor sævus sit,* (b) *prostituatque pudorem*
Natæ, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet;*
(d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione,*
Invito solvi poterit genitore potestas.

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 198 hemos notado, que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hai tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.ª de ellas es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo, pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L.* 12. *C. De episc. audient. L.* 6. *C. De spectac.* La 2.ª es, si el padre espone ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desnaturalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aún cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L.* 2. *De inf. exposit.* La 3.ª es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo, si se casare con una tia paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana etc.; pues en tal caso los hijos del matrimonio anterior se libran de su potestad, aún contra su beneplácito, *Nov.* 12. *c.* 2. Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

(1) Véase la *L.* 18. *tít.* 18 *Part.* 4., donde se cuentan cuatro razones, *por que se puede constreñir al padre que saque de su poder á su hijo.*

§. CXCIX. [En España acaba tambien la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte qu segun la *L.* 3. *tít.* 5, *lib.* 10. *Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es ademas una gracia al sacar, y se hace en España acudiendo padre é hijo á la Audiencia del territorio, la que comisiona al juez del partido, para que forme el espediente justificativo de las causas alegadas; y despues de instruído y declarado completo, y de haber oído al fiscal de S. M., se remite á la seccion de gracia y justicia, donde en vista de todo se concede el permiso para que se formalize la correspondiente escritura con intervencion del juzgado.]

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó ingenuos ó liber-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190), porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos; y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituídos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice, que *el padre* casi *de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi* de ningun modo, se infiere que hai algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aún contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar á sus hijos. Vamos pues á verlos: los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos:

(a) *Si genitor sævus sit,* (b) *prostituatque pudorem*
Natæ, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet;*
(d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione,*
Invito solvi poterit genitore potestas.

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 198 hemos notado, que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hai tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.ª de ellas es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo, pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L.* 12. *C. De episc. audient. L.* 6. *C. De spectac.* La 2.ª es, si el padre espone ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desnaturalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aún cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L.* 2. *De inf. exposit.* La 3.ª es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo, si se casare con una tia paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana etc.; pues en tal caso los hijos del matrimonio anterior se libran de su potestad, aún contra su beneplácito, *Nov.* 12. *c.* 2. Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

(1) Véase la *L.* 18. *tít.* 18 *Part.* 4., donde se cuentan cuatro razones, *por que se puede constreñir al padre que saque de su poder á su hijo.*

§. CXCIX. [En España acaba tambien la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte qu segun la *L.* 3. *tít.* 5, *lib.* 10. *Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es ademas una gracia al sacar, y se hace en España acudiendo padre é hijo á la Audiencia del territorio, la que comisiona al juez del partido, para que forme el espediente justificativo de las causas alegadas; y despues de instruído y declarado completo, y de haber oído al fiscal de S. M., se remite á la seccion de gracia y justicia, donde en vista de todo se concede el permiso para que se formalize la correspondiente escritura con intervencion del juzgado.]

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó ingenuos ó liber-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tinos; y de esta primera division se trató desde el título 2. hasta el 7. Ademas los hombres eran *sui juris*, ó *alieni juris*. Los sujetos á poder ajeno, ó estaban bajo la potestad señoril, de que se habló en el título 8, ó bajo la patria potestad, título 9 hasta el 12. Ya por último los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó están en tutela, ó en curaduría, ó no están sujetos á una ni á otra. Viene pues ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela* y *curaduría*, en la cual se considera, 1° qué cosa sea tutela, título 13, 2° de cuántas maneras, título 14 al 20, 3° cuál sea el oficio del tutor, título 21, 4° cómo se acaba la tutela, título 22, y 5° qué es curaduría, título 23 hasta el fin de este libro.

§. CCII. I° Qué es tutela? La tutela es de Derecho natural y de gentes, pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden regirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por ausilio ajeno. De aquí es que no solo los romanos, sino tambien los griegos, y aún todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y ausilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores, 1° á los *impúberes* ó *pupilos*. Efectivamente en esta edad suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si no son dirigidos por otros. Bien conocidos son aquellos versos de Horacio en su *Arte poética*:

Imberbis juvenis, tandem custode remoto,
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi;
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si quitaras el freno á un indómito caballo: dáles libertad, y darás á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los pupilos. 2° Tambien daban los romanos

tutores á las *mujeres*, pues este sexo es frágil, vario, mudable y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino no saben guardar moderacion. Querian pues los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mujeres que la de los pupilos, los cuales en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mujeres permanecian en perpetua tutela á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos; en cuyo caso se acababa su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la direccion de los curadores estaban 3° los *púberes*, que ó por su edad, ó por otras causas no podian administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los *que padecian alguna enfermedad habitual*. Así lo disponia el antiguo Derecho romano; pero y el nuevo? Tambien disponia lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el dia ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el Cuerpo del Derecho. Que subsistió por lo ménos hasta el tiempo de Justiniano, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. roman. h. t.*

§. CCIII. Sigue ya la *definicion de la tutela*. Servio Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo: tutela es *la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el Derecho civil*, *L. 1. pr. ff.* §. *1. Inst. h. t.* En esta definicion, como suele suceder, echan de ménos muchas cosas los doctores. 1° Piensan que es oscura, porque dice la fuerza y la potestad *en una cabeza libre*. Qué es cabeza libre? ¿Por qué no se dijo con mas claridad, que *es la fuerza y potestad en* (sobre) *el pupilo*? 2° Dicen tambien que es ambigua,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

porque puede entenderse por estas palabras, que el tutor ha de ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo : luego este modo de hablar es esquivoco. 3° Que es difusa sin necesidad, porque *fuerza* y *potestad* son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. — Pero en realidad la definicion es mui buena, si se entiende como se debe. Con efecto *cabeza libre* es lo mismo que hombre *sui juris*, Gell. *l.* 5. *c.* 19. Ulpian. *Fragment. tit.* 11. §. 5.; y Servio usó de este vocablo general, porque en su tiempo no solo estaban en tutela los pupilos, sino tambien las mujeres. Ademas no sin objeto unió las palabras *fuerza* y *potestad*, porque *fuerza* significa potestad unida con la facultad de refrenar, miéntras la *potestad* no incluye la idea de refrenar (1), pues en las mujeres tenian los tutores potestad, no fuerza; en los pupilos aún infantes ejercian la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definicion es este : *tutela es la fuerza* (respecto de los infantes) *y potestad* (respecto de los mas adúltos) *en una cabeza libre* (esto es, sobre la mujer y el pupilo) *para defender á aquel* (parece que debia estar añadido, *ó á aquella*) *que* (en latin *qui*, y sin duda se añadia *quæve*, para denotar los dos sexos) *por su edad* (se añadiria, *ó por su sexo*) *no puede defenderse por sí solo* (*ó por sí sola*). Tal parece que debió ser antiguamente la definicion de Servio Sulpicio; mas probablemente Triboniano, en atencion á no estar en su tiempo en uso la tutela de las mujeres, suprimió lo que ponemos arriba entre paréntesis.

§. CCIV. De esta definicion se deduce el siguiente axioma : la tutela es un cargo público, *pr. Inst. De excusat. tut.* Esto se ha de entender en su verdadero sentido : no decimos que la tutela sea un oficio público, porque el tutor ni administra negocios de la república, ni tiene dignidad alguna, ni recibe sueldo, sino que es y permanece persona privada ; solo decimos, que la tutela es cargo público, y cargo público es una carga que todos los ciudadanos, por pública autoridad y precepto, están obligados á sufrir, *L.* 214. *pr. ff. de V. S.* Siendo así pues que á los tutores se les impone esta carga por pública autoridad, á saber, por la lei y los magistrados, y que están obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa escusa, con razon se dice que la tutela es un cargo público.

(1) Heineccio se empeña equivocadamente en que estas dos palabras tienen diverso significado; mas en el Cuerpo del Derecho están usadas muchas vezes indistintamente. Don Alonso en las Partidas, al copiar esta definicion, la tradujo mejor diciendo : *guarda que es dada al huérfano etc.*

§. CCV. Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan : 1ª *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores, pr. Inst. Qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo ? La razon está en la nota del §. 139 de los *Elementos*; y es que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia, *L.* 9. *ff. De his qui sui vel etc.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo público. 2ª *Que ni los siervos, ni los estranjeros, ni las mujeres pueden ser tutores:* no los siervos ni estranjeros, porque la tutela es un cargo público de que no son capazes sino los ciudadanos ; ni la mujer, porque ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podia regir á otro ; ademas de que las mujeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano en la *Nov.* 118. *c.* 5. estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino tambien preferidas á todos los demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande, que apénas

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

recaen sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante á estas mujeres no se las hace tutoras de sus hijos, sino mediante estas condiciones: 1ª que renuncien á segundas nupcias, y 2ª al privilegio del senado-consulto veleyano, por el cual no quedan obligadas las mujeres que afianzan por otro (1).

§. CCVI. Acabamos de ver quiénes pueden ser tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide ó se les suspende la administracion. Esto se ha de deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí (§. 203). Todos aquellos pues que no son capazes de desempeñar este objeto, no pueden ser tutores. Tales son, 1º *Los menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, ¿cómo han de defender á otros? 2º *Los furiosos* y *mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. 3º *Los sordo-mudos*, porque si tienen los dos defectos reunidos, de manera que á un mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y así no pueden ser tutores. No obstante, aunque esto sea mui cierto, debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legítima y dativa, pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos ó sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sino que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juício, ó empiezen á oir y hablar. Mas si un tutor legítimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo-mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juício, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y

(1) Véase la *L.* 4. *tit.* 16. *Part.* 6, donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L.* 10. §. 7. *ff. De excus. tutor.*

§. CCVII. Habiendo ya examinado quiénes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora, ¿ *áquienes se dan tutores* ? Segun nuestra definicion §. 203. respondemos, que *á las cabezas libres, que no pueden defenderse á sí mismas.* De aquí se deducen cuatro conclusiones: 1ª *el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas*, § 4. *Inst. test. tut. dat.* (1); y en esto se distingue el *tutor* del *curador*; el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la persona pues *secundiariamente* tambian administran las cosas y patrimonio del pupilo. Mas ¿ por qué razon se ha admitido este principio ? Porque en la definicion se llama espresamente la tutela fuerza y potestad sobre *lo cabeza* (ó persona), no sobre sus cosas ó patrimonio. 2ª *Al que tiene padre no se le da tutor, L.* 239. *ff. De V. S.* Por qué? (a) Porque miéntras vive el padre, bastante defendido está el hijo: (b) porque miéntras vive el padre, el hijo está bajo su potestad, y por tanto no es cabeza libre ú hombre *sui juris*, á los cuales pertenece solo la tutela. 3ª *Al siervo no se le da tutor* (2), *L.* 17. *ff. De tut. dat.* por la misma razon, es decir, porque el siervo está bajo la potestad dominical de su amo, y por lo mismo no es cabeza libre: luego tampoco puede tener tutor. 4ª *A un estranjero no se le da tutor.* Cómo! se dirá; un estranjero, siendo pupilo, necesita de defensa; y en verdad que puede ser cabeza libre, porque no todos los estranjeros son siervos. Pero á esto respondo, que es cierto que tambien los estranjeros necesitan de la defensa

(1) « Otrosí decimos que el guardador debe ser dado para guardar « la persona del mozo, é sus bienes, é no debe ser puesto por una « cosa ó un pleito señalado tan solamente. » *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

(2) Así se infiere de dicha *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de otros, mas no precisamente de la tutela del Derecho romano. Son sí cabezas libres, pero esto se entiende en su patria, no en Roma, por cuanto no gozan de la libertad de los caballeros romanos, Cic. *pro Cœcin. c.* 33. Luego, aunque los estranjeros reciben tutor, lo reciben segun el Derecho de su patria, no segun el romano; al modo que tambien se casan, hacen testamento, y admiten las herencias legítimas los estranjeros; mas no por el Derecho romano, del cual no participan.

§. CCVIII y CCIX. Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres (1): *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento, *legítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma lei, cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *lei*, y á los *dativos* el magistrado pretor. Entre estas especies de tutela se observa el órden de que 1° sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto, cuando los hai de esta clase, no son admitidos los legítimos. 2° Que si no hai ningun tutor testamentario, entónces puedan tomar la tutela los legítimos. 3° Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de las XII Tablas, en las cuales se leía esta lei: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto:* de donde colegian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues 1° así como el heredero testamentario escluye á todos los demas, es preferido tambien el tutor nombrado en testamento. 2° De la misma manera que si

(1) La misma division de la tutela en testamentaria, legítima y dativa se establece en la *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 6.

no hai heredero instituído, suceden los herederos legítimos ó abintestato, así, faltando tutor testamentario, son llamados los legítimos. 3° Así como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, así tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos pues á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

§. CCX. La primera especie de tutela es la testamentaria cuyo orígen y razon vamos á esplicar ante todo. Derívase de las XII Tablas, en las cuales habia una lei que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tutelâve suæ rei, ita jus esto.* (Téngase por lei lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa.) Ya dijimos arriba que los hijos respecto de él no eran por Derecho romano personas sino cosas, §. 135. Siendo así pues que la lei permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parece seguirse que tambien pueden testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el orígen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro.* 1° Digo que *el padre* puede, porque la lei decia: lo que el padre de familia disponga, etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tansolo al padre. 2° Digo que puede dar tutor *á los hijos constituidos bajo su potestad*,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

porque segun las XII Tablas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sino acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo 3º *y que no han de recaer en la potestad de otro.* Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo, recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que *no se da al que tiene padre*, §. 206. Este es el sentido del axioma, y esta su razon. De aquí puede deducirse fácilmente cuál sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

§. CCXI y CCXII. El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la *patria potestad*. Luego el que tiene hijos bajo su potestad, puede darles tutor; el que no los tiene, no puede. Segun este principio no es difícil dar razon de, 1º por qué la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en testamento; y en efecto es, porque solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre y la abuela, y mucho ménos otras personas estrañas. Luego ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, porque tampoco le pertenece la patria potestad sino tansolo al padre y al abuelo paterno. 2º Por qué podemos dar tutor á los hijos constituídos bajo nuestra potestad á no los emancipados; á saber, porque los emancipados ya no están en nuestra potestad. 3º Por qué á los desheredados puede tambien dárseles tutor en testamento; conviene á saber, porque la desheredacion quita sí la herencia, pero no es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse, ¿para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada, de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde, (a) que aún cuando nada tengan, pueden tener tutor, porque este se da primariamente á la persona (§. 208). (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr., por su madre,

abuelo ó abuela materna. 4º ¿Por qué á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aún cuando todavía no hayan nacido, y por tanto no estén bajo la patria potestad? La razon es, porque los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos. *L.* 7. *ff. De statu hom.* Si pues se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituídos bajo la potestad del padre; luego tambien á estos puede el padre dar tutor; que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst, De tut.*

§. CCXIII. Pregúntase ademas, ¿cómo puede ser nombrado el tutor? Segun el axioma, §. 210, respondemos, que se ha de dar 1º *en testamento.* La razon es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podia dar sino en testamento, y así el tutor se da tambien en testamento. 2º Despues se permitió que tambien se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porque cuando da tutor un testador, encomienda ó confía, por decirlo así, á la fe de aquel la tutela, y los fideicomisos pueden dejarse así en testamento como en codicilos, *pr. Instit. De codicill.* 3º Pueden ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capazes de cargos públicos; v. gr., los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia; mas no las mujeres. Y es mui de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que le nombra de oficio; porque este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor seria *ipso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos, porque aunque estos no administran la tutela, sino entre tanto que nombra el magistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, o recobren el juicio, ó el oido y el habla, se les debe

permitir la administracion ; de lo cual hablámos en el §. 206. Véase la *L.* 10. §. 7. *ff. De excus.* Finalmente del mismo axioma se infiere, 4° que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta, *L.* 20. *pr. L.* 30. *ff. h. t.* La razon, por Derecho antiguo, era que una persona incierta no podia ser instituída por heredero, §. 25. *Inst. De legat.*; y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, quedó en toda su fuerza el Derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porque el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y ¿cómo puede nadie poner su confianza en una persona incierta? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor : *el que sea elegido cónsul el año próximo, sea tutor de mis hijos*. Finalmente debe observarse, 5° que el tutor puede ser nombrado en testamento *puramente*, *bajo condicion* y *hasta cierto día* ; cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero ¿ en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor ? Resp. Porque el nombramiento de tutor que el pretor hace, es un acto legítimo, *L.* 77. *ff. De R. J.*; y un acto legítimo no admite condicion ni dia (§ 70.). Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legítimo; y de aquí es que puede hacerse bajo condicion, hasta cierto dia, *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.*

§. CCXIV. Hasta aquí hemos sentado el pricipio de que la tutela es semejante á la herencia Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar: *miéntras se espera la tutela testamentaria no hai lugar á la legítima L.* 11. *pr.* §. 1. *Inst. h. t.*, porque así como no se admite ningun heredero legítimo ó abintestato, en tanto que existe el instituído en el testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entre tanto la tutela

legítima, pues segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado, *L. ff. De R. J.* Pongamos un ejemplo : un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco : ¿ el próximo agnado puede ser admitido como tutor legítimo ? — No, porque miéntras se espera tutela testamenteria, no se admite la legítima : y en este caso aún se espera, porque un loco puede recobrar el juicio. Luego el pretor nombrará tutor entre tanto (§. 206.).

§. CCXV. En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el magistrado; pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es, 1° que hoi todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios : y no todos, sino algunos. 2° Hoi son confirmados aún los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion *confirmacion es un acto por el cual el magistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento*. Luego se necesita de la confirmacion del magistrado, siempre que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. 1° Hai vicio en el testador, si nombra tutor á uno que no tenga patria potestad sobre los hijos, v. gr. á la madre ó al abuelo materno. En efecto arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad (§. 211.). Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos no constituídos en su potestad. 2° En el modo de nombrar tutor hai vicio, si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor ; sin embargo, por cuanto parecia que el testador ponia en la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

persona constituída una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados fuesen confirmados por él, y que con su confirmacion se quitase este vicio (1).

§. CCXVI. La confirmacion se hace de dos modos; ó sin inquisicion, ó con inquisicion. Se hace *sin inquisicion*, si el padre, aunque nombró tutor en testamento, le nombró viciosamente: lo cual se verifica de tres maneras: 1° si dió tutor á un hijo emancipado; 2° si le dió á un hijo natural, porque ni uno ni otro están bajo la potestad del padre; 3° si le dió en codicilos no confirmados por testamento. En estos casos el pretor confirma absolutamente el nombramiento de tutor, sin que considere necesaria la inquisicion, por presumirse que un padre siempre mira por el bien de sus hijos. Por el contrario el pretor confirma con inquisicion los tutores, 1° si fué la madre quien nombró tutor á sus hijos instituyéndolos por herederos; 2° si le nombró el padre á sus hijos naturales sin instituirlos, *L. 4. ff. h. t. L. 1. §. 2. L. 2. §. 7. De confirm. tut.*; 3° si fué un estraño, v. gr. un tio paterno, ó uno materno, quien nombró tutor. Porque como en todos estos casos no hai lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma sí los tutores nombrados, pero no lo hace sino precediendo la inquisicion; y lo que el pretor inquiere ó averigua en semejantes casos es, 1° si es útil al pupilo esta tutela, y 2° si el tutor es hombre de bien, ó si es algun pícaro, ó si es enemigo del pupilo etc.

(1) En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre ó un estraño que instituyan heredero al mismo pupilo, *LL. 6 y 8. tít. 16. Part. 6*, leyes que no hacen mencion alguna, ni de fianza, ni de inquisicion. En el dado por la madre añade la misma *L. 8*, que puede el juez confirmarle, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero al pupilo, le ha dejado algo, por cualquier via y título que fuese.

§. CCXVII. [Toda la doctrina, correspondiente á este párrafo, está esplicada en las notas precedentes.]

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

§. CCXVIII. La tutela *legítima* es otra de las especies de tutela (§. 209.), y se llama así, porque á estos tutores ni los nombra el testador, ni el magistrado, sino que la misma lei los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la lei llama á la tutela, 1° á los *próximos agnados*; por lo cual en este título se trata de la tutela legítima de los agnados; 2 á los *patronos* para la tutela de los libertos, y de aquí la tutela legítima de los patronos, que es la materia del tít. 17; 3° al *padre* para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela legítima de los padres, de que se hablará en el tít. 18; y por último 4° al *hermano* para la tutela del hermano impúber emancipado: esta se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tít. 19. Las tres últimas especies no están hoi en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estencion. Tiene lugar *esta tutela legítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado, porque *siempre que hai tutor por testamento, no se admite tutor legítimo* (§. 214.); pero se admite muriendo intestado el padre del pupilo. Y en este título se dice que el padre murió intestado, 1° si absolutamente no hizo testamento; 2° si aunque le hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst. h. t.* En ambos casos pues hai lugar á la tutela legítima. Pero se pregunta, ¿por qué, no existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, esplicado en el §. 207, se podrá fácilmente contestar. La tutela se tiene por semejante á la herencia: faltando el heredero instituído en el

testamento, sucede el legítimo ó el heredero abintestado. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

§. CCXIX. De aquí se deduce fácilmente cuál sea el fundamento de esta tutela. En efecto, como los antiguos comparaban esta tutela con la herencia (§ 208.), formaron el siguiente axioma: *donde quiera que existe el provecho de la sucesion, allí debe tambien hallarse la carga de la tutela*: cuya regla se halla concebida en los mismos términos en el §. *un. Inst. De legit. patr. tut.*: y de ella sacaron que pues la lei llamaba al provecho de la herencia á los próximos agnados, tambien debian estos ser obligados á tomar sobre sí el cargo de la tutela.

Puede preguntarse, ¿si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? Á la verdad los antiguos griegos creían tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo, porque si está tan ansioso de la herencia que quiera dar veneno, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, le será esto tanto mas fácil, cuanto que tiene bajo su tutela la persona del pupilo; y no faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb. c.* 9. Así pues el legislador de los atenienses, Solon, deferia sí la tutela á los agnados; pero á los mas remotos, no á los próximos: Carónadas, legislador, de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferian la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar del medio á los infelizes pupilos. Véase á Vinnio *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Hubero, *Digress. lib.* 3. *c.* 5. defiende esta disposicion; pero los argumentos en que se apoya, no parecen difíciles de refutar. Como quiera que sea, lo cierto es, que en el

Derecho estaba recibido el axioma de que, *donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el cargo de la tutela*. No obstante debe añadirse la siguiente limitacion; *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos*. Y así una mujer puede ser próxima agnada, y por lo mismo heredera legítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 205.), á no ser que fuese madre ó abuela.

§. CCXX y CCXXI. Segun este axioma pues no es difícil conocer quiénes son llamados á las tutela legítima. Debe distinguirse entre el Derecho *antiguo* y el *nuevo* Por el *antiguo* 1° solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *gentiles*, porque tambien eran los únicos que sucedian abintestado, mas no los cognados. Espliquemos pues quiénes sean *agnados*, quiénes *gentiles*, y quiénes *cognados*. *Cognados* se llaman generalemente aquellos que son de una misma sangre y orígen, ya paterno, ya materno: por ejemplo, el tio paterno; el materno, la tia paterna y la materna son cognados mios. Pero agnados en especie se llaman aquellos, que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L.* 7. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Así, por ejemplo, el *tio paterno* es *agnado mio*, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio materno*, porque lo tiene por mi madre; de manera que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion es el mismo nombre, y así todos los agnados de Ciceron se llamaban Cicerones. Por último los *agnados* y *gentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *gentiles* de un mismo tronco ó raza. Por ejemplo, todos los Cornelios eran gentiles, porque todos descendian del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados por descender de una misma familia de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenian tres

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nombres, *prænomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr. Marco Tulio Ciceron. El prenombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de que se descendia, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repetimos que por Derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* 2º Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluía á los mas remotos, porque lo mismo sucedia en la herencia: v. gr. á Ticio, pupillo, le quedan un tio paterno un tio segundo y un hijo del tio paterno: quién de estos será tutor? El tio paterno, que escluye á todos los demas: véanse las *figs.* 13, 14 *y* 15. *de la lám. II.* 3º Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Si uno tiene (*lám. II. fig.* 16.) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el Derecho antiguo: hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. 1º en que hoi no hai ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov.* 118. *c.* 4. á los agnados y los cognados, tambien hoi deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); 2º y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer ninguna, por la *Nov.* 118. *c.* 5., la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablámos arriba, §. 205 (1).

§. CCXXII. Ántes de acabar este título, indicaremos otra diferencia entre los *agnados* y *cognados*, á saber que

(1) En la *L.* 9. *tít.* 16. *Part.* 6., puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *L.* 2. *tít.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real.*

el *derecho de cognacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tansolo por la capitis-diminucion *máxima* y *média*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del Derecho civil, y el de cognacion viene del Derecho natural y de gentes; y el Derecho civil se muda fácilmente; lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porque sufrió la capitis-dimunicion mínima; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á esplicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendia en Roma todo aquel, cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aquí las frases, *censa sunt capita civium CCM.*; *capite census*, que se decia del que no tenia que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda; *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion pues á que en las tablas no eran inscritos sino los *hombres libres*, *ciudadanos*, y *padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad*, *ciudad* y *familia*. Por lo mismo de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Inst. h. t.*; y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite-minuído (*capite minutus*).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nombres, *prænomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr. Marco Tulio Ciceron. El prenombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de que se descendia, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repetimos que por Derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* 2º Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluía á los mas remotos, porque lo mismo sucedia en la herencia: v. gr. á Ticio, pupillo, le quedan un tio paterno un tio segundo y un hijo del tio paterno: quién de estos será tutor? El tio paterno, que escluye á todos los demas: véanse las *figs.* 13, 14 *y* 15. *de la lám. II.* 3º Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Si uno tiene (*lám. II. fig.* 16.) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el Derecho antiguo: hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. 1º en que hoi no hai ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov.* 118. *c.* 4. á los agnados y los cognados, tambien hoi deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); 2º y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer ninguna, por la *Nov.* 118. *c.* 5., la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablámos arriba, §. 205 (1).

§. CCXXII. Ántes de acabar este título, indicaremos otra diferencia entre los *agnados* y *cognados*, á saber que

(1) En la *L.* 9. *tít.* 16. *Part.* 6., puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *L.* 2. *tít.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real.*

el *derecho de cognacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tansolo por la capitis-diminucion *máxima* y *média*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del Derecho civil, y el de cognacion viene del Derecho natural y de gentes; y el Derecho civil se muda fácilmente; lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porque sufrió la capitis-dimunicion mínima; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á esplicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendia en Roma todo aquel, cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aquí las frases, *censa sunt capita civium CCM.*; *capite census*, que se decia del que no tenia que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda; *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion pues á que en las tablas no eran inscritos sino los *hombres libres*, *ciudadanos*, y *padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad*, *ciudad* y *familia*. Por lo mismo de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Inst. h. t.*; y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite-minuído (*capite minutus*).

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. CCXXIV. Ahora ya no habrá duda, si definimos la capitis-diminucion diciendo, que es la mutacion del estado anterior. Cuando pues á un hombre libre se le hace esclavo, á un ciudadano estranjero, y á un padre hijo de familia, se verifica la capitis-diminucion; mas no *vice-versa*, si á un esclavo se le hace hombre libre, á un estranjero ciudadano, y á un hijo padre de familia. Algunos hai que varían nuestra definicion, diciendo, que la capitis-diminucion es la mutacion del primer estado *en otro peor;* pero esta adicion es superflua, porque un hombre libre tiene estado, mas no un siervo; tiénelo un ciudadano, no un estranjero; del mismo modo que lo tiene un padre, y no un hijo de familia. Luego si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite-minuídos*.

§. CCXXV. Siendo pues la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad*, *ciudad* y *familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima*, *média* y *mínima*. *Máxima* es aquella por la cual se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y familia; v. gr. cuando á alguno se le hace siervo, porque entónces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Média* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre; pero sin embargo se hace estranjero, y deja de ser padre de familia. *Mínima*, por la cual se estinguen los derechos de familia, aunque subsisten los de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *média* con el de ciudad, y la *mínima* con el de familia. Dos observaciones deben tambien añadirse: 1ª que la *máxima* y la *média* se llaman en nuestro Derecho *muerte civil*, *L.* 209 *ff. De R. J.* Y por qué? Porque al modo que un muerto nada hace ni padece, así tampoco un siervo

ni un estranjero no podian obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del Derecho civil; por ejemplo, no contraían el matrimonio del Derecho romano, ni testaban, ni eran instituídos herederos en testamento, ni contraían segun el Derecho civil, ni tenian patria potestad sobre sus hijos, ni usucapían; y así eran reputados por muertos, de la misma manera que aquellos á quienes se les corta materialmente la cabeza. 2º Que algunas vezes solo ocurren dos clases de capitis-diminucion en nuestro Derecho, v. gr. en las notables, *L.* 1. §. 1. *ff. De suis et legit.* y *L.* 1. § 8. *ff. ad S. C. tertull.*; pero entónces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la máxima y la média; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noodt, *Probab. lib. I. c.* 12, y *Observ. lib. II. cap.* 21.

§ CCXXVI, CCXXVII y CCXXVIII. Habiendo ya esplicado las tres clases de capitis-diminucion, vamos ahora á ver quiénes las sufren.

Sufren la *máxima*, 1º los *prisioneros de guerra* (*capti ab hoste*) (1). Entre nosotros permanecen libres los prisioneros; pero entre los romanos al instante se hacian siervos, y así es que perdian el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen hasta que volvian á su patria. Pero en este caso todos los derechos se recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el §. 82. 2º *Los que siendo mayores de veinte años, se dejaban vender dolosamente, y por disfrutar del precio;* de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83, pues estos eran obligados en castigo á permanecer

(1) Sobre lo que por Derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tít.* 29. *de la Part.* 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en servidumbre, perdian el estado de libertad, y así sufrian la capitis-diminucion máxima. 3° *Los siervos de la pena*. Pero quiénes son estos? La lei porcia habia establecido en Roma, que los cuidadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte; y en efecto cuantas vezes un magistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano, otras tantas solia este clamar : soi ciudadano romano; y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. apot. c.* 22 *v.* 24. cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien Cic. *Orat.* 1. *adversus Verrem, c.* 7. *orat.* 5. *cap.* 146, 161, 167, 169. Euseb. *Hist. eccl. l.* 5. *c.* 1 y el *Apénd.* de nuestras *Ant. rom. lib.* 7. §. 28. *p.* 258. Siendo así pues que los ciudadanos gozaban del insigne privilegio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fingian mui hábilmente los romanos, que aquellos que debieran sufrir pena de muerte, por la sentencia capital quedasen siervos y perdiesen los derechos de ciudad; pero como no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaía bajo el domino de nadie, fingian que la pena venia á ser como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena*. Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto Noodt, *Prob. l.* 3. *c.* 12.

La capitis-diminucion *média* la sufrian, 1° aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego (*quibus aqua et igni interdictum*). Y esto qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad*; y de aquí es que si querian privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebiscito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podia ser obligado), sino

que no usase del agua y del fuego. Hecho esto, se le ponian guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podia sostener su vida, se veía precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra; con lo cual al instante perdia el derecho de ciudad, porque segun el Derecho romano nadie podia ser ciudadano de dos ciudades : véase á Corn. Nep. *in Vita Attici, c.* 3 y duestras *Ant. rom. h. t.* §. 10. La misma capitis-diminucion média sufren 2° los *deportados* (1). Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues tambien á los deportados se les prohibia el uso del agua y el fuego; pero se diferencia en el efecto. Antiguamente aquellos, á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podian á su arbitrio ir adonde querian; pero Augusto, á persuasion de su mujer Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados, por la libertad en que se les dejaba, dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen allí confinados; por lo cual despues se les llamó *deportados*. V. Dion. Cass. *Hist. lib. CV. p.* 562. Aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados tenian la denominacion comun de desterrados (*exsules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos esplicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 192.

Finalmente la capitis-diminucion *mínima* la sufren 1° los *arrogados* (2) porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. 2° Los *hijos de*

(1) Véase la *L.* 2. *tit.* 18. *Part.* 4., cuya doctrina está conforme con lo establecido por Derecho romano.

(2) Conviene con esto la *L.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4. Pero en el dia de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se esceptúa el infame, segun dispone la *L.* 7. *tit.* 6. *Part.* 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

arrogados, porque estando ántes bajo la potestad de sus padres, en virtud de la arrogacion recaen bajo la potestad del arrogador, y por lo mismo mudan de familia, *L.* 3. *pr. ff. h. t.* 3° Los *emancipados*. Aquí puede originarse una duda : los emancipados, de hijos de familia se hacen padres de familia, de suerte que su estado no se muda en peor, sino en mejor; luego no puede llamarse capitis-diminucion. Pero á esto respondemos que sí puede llamarse, y que para ello habia una razon particular, cual era el que antiguamente no podia hacerse la emancipacion sino por medio de una venta imaginaria, que reducia al hijo á la clase de siervo. Por lo cual, si los emancipados se llamaban capite-minuídos, era porque se les reducia á una imaginaria condicion servil, *L.* 3. §. 1. *ff*, *h. t.* véase tambien el §. 188, Pero esto no tiene lugar en el dia, por cesar en la emancipacion aquella imaginaria venta, desde que se introdujo la emancipacion anastasiana y la justinianea, de que se habló arriba en el §. 189 y sig.

§. CCXXIX. [Segun el Derecho español ninguna pérdida de derechos impide que los parientes consanguíneos tengan la tutela de sus parientes impúberes; aunque parece deducirse de la lei, que debiera ser privado de la tutela, por razon de infame, el sentenciado á presidio y galeras.]

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

§. CCXXX. Todavía estamos tratando de la tutela legítima, de la cual dijimos que habia cuatro especies : de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciara*. Hasta aquí hemos hablado de la tutela de los agnados y de la capitis-diminucion, por la cual puede estinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela

de los patronos; y llamándose *patrono* aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúber, ó de los hijos del liberto.

§. CCXXXI y CCXXXII. El fundamento de esta tutela de los patronos es el mismo que el de la legítima de los agnados : donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues, muriendo sin hijos el liberto, le sucedian el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111 y 112 : véase Vinn. *ad. Inst. tit. De success. libert.*); luego tambien debian los patronos ser tutores legítimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII Tablas, y sin embargo en las XII Tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst. h. t.*, que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII Tablas nada habia escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se deriva de ellas, porque en efecto, si en las XII Tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecia estarlo, que se encargase de su tutela, pues *donde está la utilidad de la sucesion, debe tambien, etc.* (1).

TÍTULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PADRES.

§. CCXXXIII. La tercera especie de tutela legítima es la de los *padres*; que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L.* 3. §. *uit. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué

(1) Desconocida casi en España la esclavitud, apénas puede tener uso lo que en este título se dice de la tutela legítima de los patronos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no seria mejor decir, que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre, no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos contituídos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV y CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Más arriba (§. 195.) esplicámos, que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las vezes se hacia por el mismo padre. Siendo así que el que manumite, se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde está la utilidad de la herencia, debe igualmente estar el cargo de la tutela* (§. 219.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrian los antiguos jurisconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI. [En el dia son inamisibles la tutela de los padres y la fiduciara, por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la emancipacion retenia el padre.]

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII y CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este

nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria, usando de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder.* Cic. *De offic. lib. III. c.* 13. Este contrato de confianza solia tener lugar en la emancipacion de los hijos, pues el padre, vendiendo tres vezes á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entónces le manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Y estando dispuesto en la lei de las XII Tablas que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediesen abintestato, de aquí se seguia que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre, dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta tutela fiduciaria, que es la que, despues de la muerte del padre emancipante, corresponde á los hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúber emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano, *Fragm. lib. XI.* §. 5. llama *fiduciaria* á la tutela legítima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior: de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, que era antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como opinan algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decidirlo, y ménos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DA POR LA LEI JULIA Y TICIA.

§. CCXXXIX y CCXL. Hasta aquí llevamos esplicadas dos especies de tutela, la *testamentaria*, tít 14 y la *legítima*, tít. 13 al 19. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la lei, sino *por el magistrado*. Definimos pues la dacion de tutor diciendo, que es *un acto legítimo por el cual, á falta de tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros con arreglo á la lei por el magistrado*. Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen que son tres: 1º *este tutor es nombrado por el magistrado, con arreglo á la lei*, es decir, segun la lei atilia, y la julia y ticia; pues entre los romanos no pertenecia al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por lei especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador; y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la lei atilia. De aquí es que *la dacion de tutor se dice ser de jurisdiccion estraordinaria, L. 7. §. 1. ff. De offic. procons.*, porque no dimana del oficio del magistrado, sino de lei especial. 2º *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos* (1); porque al modo que no hai lugar á la

(1) « Desamparado fincando el mozo que fuese menor de catorce « años, de guisa que su padre non le oviese dejado guardador en su « testamento, nin oviese pariente cercano que lo que quisiese « guardar, entonce la madre é los otros parientes que heredaren á « este mozo, si moriese sin testamento, deben é pueden pedir al juez « del lugar que le dé guardador atal, que sea bueno, é rico, é que « entienda que lo recibe mas por pro del mozo que de si mismo. » *L. 12. tit. 16. Part. 6.*

tutela legítima sino faltando la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa, cuando la hai testamentaria ó legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. 3º *La dacion de tutor es acto legítimo*, pues así se llama espresamente en la *L. 77. ff. De R. J.* Qué cosa sea acto legítimo, ya lo esplicámos en el §. 10; esto es, un acto que se debia ejecutar solemnemente, y que no admitia procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas, cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI y CCXLII Primer axioma: *este tutor es nombrado por el magistrado con arreglo á la lei*; luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hai, y son dos: la lei atilia, y la julia y ticia. Veamos en qué tiempo fué hecha la *primera*. Ya en el año de la fundacion de Roma 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la lei atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXXIX c. 9*; luego nuestra lei es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta lei, y no apareciendo ántes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fundacion de Roma, segun el mismo Livio, *lib. 9. c. 30*, es verosímil que esta lei fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* lei fué establecida muchos siglos despues, en el año 738 de la fundacion de Roma, y trae su denominacion de Julio César Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y que descubrió el docto Henr. Vales., de la Compañía de Jesus, en sus notas *ad Excerpta peiresciana*, *p.* 61. Por lo demas estas leyes se diferencian, 1° en que la primera trata de los tutores que se debian de dar en Roma, y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2° En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3° En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primera lei, se llamaban atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban julianos-ticianos. segun se ve en la rúbrica de este título. Á escepcion de estos magistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones Efectivamente, 1° siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c.* 25., se habia dispuesto por un senado-consulto, que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos; y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, averiguando ó informándose diligentemente, así de las costumbres como de la capazidad del tutor, § 3. *sig. Instit. h t.;* lo cual segun Plinio, *Epist IX.* 13, todavía se observaba así en tiempo de Trajano. 2° En el de Marco Antonino empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya unica atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, §. 4. *Inst. h. t.* Jul. Capitol. *in vita M. Antonini imp. c.* 10. 3° Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los magistrados municipales con órden de los presidentes, §. 3. 4. *Inst. h. t.* 4° Finalmente, el derecho de nombrar tutores se concedió á los magistrados municipales, á los obispos y al presidente de Alejandría.

§. CCXLIII. Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podia encargarse á otro.* Porque es de saber que en otros casos cualquier magistrado podia delegar á otro su jurisdiccion; v. gr. si el pretor se veía precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro colega. Así tambien el presidente de una provincia, por cuanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. lib.* 1. hai el título *De offic. ejus, cui mandata est jurisdictio.* Le pregunta pues, ¿si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el magistrado? En la *L.* 8. *pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1ª. porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del oficio del magistrado, sino de una lei especial, y todo lo que dimana de lei especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L.* 1. *pr. ff. De off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2ª. Porque la dacion de tutor es un acto legítimo, y la naturaleza de los actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L.* 77. *de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L.* 15. *ff. De off. procons.*, en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo así que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibian el derecho de nombrar tutores por una lei y constitucion especial del emperador M. Antonino. *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Luego si nombraban

tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opone á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario* y *los legítimos*. De él sacamos dos conclusiones : 1.ª Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor ; mas no si el testamentario ó legítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.ª Que siempre que la tutela testamentaria está supendida ó se acaba, hai lugar á la dativa. Arriba hemos visto (§. 206 y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuído, ó removido por sospechoso, pues en todos estos estos casos nombra tutor el magistrado, *L.* 11. *ff. De test. tut.* §. 1, 2. *Inst. h. t.*

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, *la dacion* ó *nombramiento de tutor es un acto legítimo*. Siendo así pues que un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.), es claro, 1.º que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo por ejemplo : serás tutor, si te graduares de doctor en leyes : 2.º que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo : sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo : sé tutor, *L.* 6, §. 1. *ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.), *L.* 8. §. 2. *ff. De test. tut.* §. 3. *Inst. Qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el

nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legítimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiente la regla de la *L.* 77. *ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [La *lei* 12, *tít.* 6. *Part.* 6. da facultad para nombrar tutor al juez del domicilio del pupilo, al del lugar de su nacimiento, y al que lo es del lugar del domicilio del padre ó del en que tiene la mayor parte de los bienes, encargándoles lo hagan, tan luego como sean requeridos por los parientes ó amigos del huérfano ó por cualquiera otro del pueblo.]

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCXLVII y CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de las varias especies de tutores : tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consisten principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L.* 14. *ff. De sponsal.* El tiempo que média entre el sétimo año y la pubertad, se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,

tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opone á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario* y *los legítimos*. De él sacamos dos conclusiones : 1.ª Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor ; mas no si el testamentario ó legítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.ª Que siempre que la tutela testamentaria está supendida ó se acaba, hai lugar á la dativa. Arriba hemos visto (§. 206 y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuído, ó removido por sospechoso, pues en todos estos estos casos nombra tutor el magistrado, *L.* 11. *ff. De test. tut.* §. 1, 2. *Inst. h. t.*

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, *la dacion* ó *nombramiento de tutor es un acto legítimo*. Siendo así pues que un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.), es claro, 1.º que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo por ejemplo : serás tutor, si te graduares de doctor en leyes : 2.º que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo : sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo : sé tutor, *L.* 6, §. 1. *ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.), *L.* 8. §. 2. *ff. De test. tut.* §. 3. *Inst. Qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el

nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legítimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiente la regla de la *L.* 77. *ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [La *lei* 12, *tít.* 6. *Part.* 6. da facultad para nombrar tutor al juez del domicilio del pupilo, al del lugar de su nacimiento, y al que lo es del lugar del domicilio del padre ó del en que tiene la mayor parte de los bienes, encargándoles lo hagan, tan luego como sean requeridos por los parientes ó amigos del huérfano ó por cualquiera otro del pueblo.]

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCXLVII y CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de las varias especies de tutores : tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consisten principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L.* 14. *ff. De sponsal.* El tiempo que média entre el sétimo año y la pubertad, se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,

el varon es infante hasta el año. 7
próximo á la infancia, hasta los. . . . 10½
próximo á la pubertad, hasta los. . . 14
púber, cumplidos los. 14
plenamente púber, cumplidos los. . . 18
y mayor de edad, cumplidos los. . . . 25

La hembra es infante hasta el año. 7
próxima á la infancia, hasta los. . . . 9½
próxima á la pubertad, hasta los. . . . 12
púber, cumplidos los. 12
plenamente púber, cumplidos los. . . 14
y mayor de edad, cumplidos los. . . . 25

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos mui presentes y no confundirlos el legista. Y viniendo ya á su aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra, L.* 1. §. 2. *ff. De administr. tutor.* Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entónces puede hacerlo todo, con tal que sea á presencia y con el consentimiento del tutor, de quien se dice que entónces *interpone su autoridad, L.* 9. *ff. De adquir. hered.* Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, ni pagar, sino que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolumente este. Por el contrario el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, *y se haga con su autoridad.* Con efecto, *auctoritas* viene de *augendo*, porque el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del

pupilo; pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es persona, es, digamoslo así, média persona por la debilidad de su juício. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor, y *aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se llama *autoridad.* Esta es la razon por que en la *L.* 32. §. 2. *ff. De adquir. passess. se dice que el juício del pupilo es suplido por la autoridad del tutor*; aunque en este pasaje parece que se toma en sentido lato la palabra *infante* por toda clase de pupilos.

§. CCXLIX. De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es *un acto legítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo que ha salido ya de la infancia, y por lo cual pudiera hacerse peor su condicion.* Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, 1° que es *un acto legítimo*, porque no podemos demostralo *á priori*, por no llamarse así en ningun pasaje del Derecho la autoridad del tutor, podemos hacerlo ver *á posteriori.* En efecto todo cuanto en la *L.* 77, *ff. De R. J.* se dice de los actos legítimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad, se requerian ciertas palabras solemnes, segun esplicámos en las *Ant. rom., l.* 21. §. 3. Luego habiendo todos los requisitos de los actos legítimos, no hai inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto legítimo.* Decimos, 2° *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que ha salido ya de la infancia*; porque si el pupilo es todavía infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sino que entonces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, 3° *por lo cua*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pudiera hacerse peor su condicion. Luego veremos que el pupilo puede hacer mejor su condicion, aún sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si álguien da una cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro cualquier cosa, ninguna obligacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, 4° *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debian esplicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1° la autoridad es un acto legítimo. 2° Es precisa siempre que hace algo que puede empeorar la condicion del pupilo. 3° El tutor suple con esta autoridad el juicio del pupilo. Tratemos de cada uno en particular.

§. CCL. El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo.* De él se sacan dos consecuencias: 1ª que cuando el tutor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio, §. 3. *Inst. h. t.* (1) Luego no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si hecha una cosa por el pupilo, la tuviese é. despues por válida y la confirmase, *L.* 9. §. 5. *h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debian esplícar en propia persona, *L.* 77. *De R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina: 1° en la *L.* 9. §. *ult. ff. h. t.* se dice, *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor*, Pero esta lei no repugna á lo que dejamos dicho, pues cualquier ausente

(1) Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6.; aunque no está decidido, si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo

puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En suma, aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. 2° Tambien pudiera objetarse la *L.* 25. §. 4. *ff. De adquir. vel omitt. hered.*, donde se dice espresamente que *puede interponerse la autoridad concluído ya el negocio* (*perfecto negotio*), cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluído ya este. Pareció esto de tanta consideracion al célebre jurisconsulto Jacobo Gotofredo, que en el *Coment.* á la *L.* 29. *ff. De R. J.* no duda enmendar el testo, y en lugar de *perfecto negotio* leer *provecto negotio* (adelantado ya el negocio). Pero no hai precision de un remedio tan violento. En efecto la autoridad sin duda debe interponerse concluído el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluído, sino al instante que se concluye, v. gr. así que dice el pupilo: prometo ciento; al instante de haber hecho esta promesa, debe añadir el tutor: interpongo mi autoridad (*auctor fio*). 2ª Que el tutor debe interponer su autoridad puramente, no bajo condicion; v. gr., no debe decir: consiento, si fuere útil á mi pupilo; sino puramente: consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto legítimo no admite condicion, *L.* 123. *ff. De R. J.*

§. CCLI y CCLII. El segundo axioma est *se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pueda hacerse peor la condicion del pupilo* (1); porque hacer mejor su condicion bien podia el pupilo, aún sin la autoridad del tutor, pero

(1) « Otrosí, decimos que el mozo non puede facer pleito, nin postura con otro ningnno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes « á ménos de otorgamiento de su guardador, é si lo ficiere á daño de « sí, non debe valer. » *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

no hacerla peor, *pr. Inst. h. t.* Mas ¿cuándo se dice que el pupilo hace mejor su condicion? y cuándo peor? Resp. *Mejora* su condicion el pupilo todas las vezes que otro se le obliga; v. gr, cuando otro promete al pupilo, ó le dona, ó presta; y la *deteriora* ó hace peor, siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr. si el pupilo promete, dona ó presta á otro. De aquí se sacan dos consecuencias mui notables: (a) que el pupilo puede sin la autoridad del tutor admitir la estipulacion de otro, y adquirir con cualquier título lucrativo; porque de esta manera se obliga otro al pupilo, no este á otro. Luego al pupilo, en ausencia del tutor, se le puede prometer, dar; etc. (b) Que los contratos bilaterales hechos con un pupilo, *claudican*, es decir, que el otro queda obligado al pupilo, pero no lo queda el pupilo al otro, si no intervino la autoridad del tutor; por ejemplo, un comerciante vendió á un pupilo un reloj de oro por cien florines sin la autoridad del tutor: se lo dice á este el pupilo, y le parece bien el precio al tutor, que envia el dinero para pagarlo. Entre tanto, arrepentido de la venta el comerciante, dice que no quiere vender el reloj por los cien florines, pues no se considera obligado por el contrato hecho con el pupilo. Pregúntase, si en efecto le obliga dicho contrato? Sin duda alguna le obliga; pero si el comerciante quisiera obligar al pupilo á que pagase el precio, responderia mui bien el pupilo, que él no habia podido obligarse sin la autoridad del tutor. Y aunque pudiera parecer injusto que por un mismo contrato quede el comerciante obligado, y no lo quede el pupilo, no lo es en realidad, si se atiende á que debe culparse á sí mismo el que sin la autoridad del tutor contrae con un pupilo; y por lo mismo no debe llevar á mal el que este contrato claudique, y no sea obligatorio para ambas partes.

§ CCLIII. Se puede suscitar acerca de la admision de la herencia la gran duda, de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parece superflua esta autoridad, porque el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, *L.* 9. §. 3. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* (1): por qué sera? Generalmente se dice que lo han prohibido las leyes, porque la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta, si se atiende á que en el §. 2. *Inst. h. t.* se dice espresamente, que el pupilo no puede admitirla sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa*. Luego otras deben ser las razones; y en efecto hai dos que se deben tener presentes: 1a. que la adicion de la herencia es un cuasi contrato por el cual el que admite, se obliga á los legatarios y fidei-comisarios á pagarles lo que se les dejó en el testamento, *L.* 8. *pr. ff. De adquir. her.*; y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad de tutor. 2a. Que la admision de la herencia era un acto legítimo, *L.* 77. *ff. De R. J.*, y los actos legítimos no podian, sin la autoridad del tutor, ejecutarse por el pupilo, *L.* 19. *ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeria la autoridad del tutor; que es lo que nos habíamos propuesto demostrar.

§. CCLIV y CCLV. Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo*, se deduce: 1° que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya,

(1) Lo dispuesto por nuestras leyes viene á ser lo mismo, porque siendo cierto que el heredero que acepta una herencia, se obliga respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndole tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie la autoridad del tutor, *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6., debe inferirse que el pupilo no puede admitir la herencia sin esta autoridad. Véase dicha *L.* 17.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ 3. *Inst. h. t.;* esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que medie entre él y el pupilo. La razon es esta : miéntras el tutor suple el juício del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo así, una sola y misma persona : una persona no puede contraer consigo misma ; luego tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, 2º que el tutor no puede comprar del pupilo, *L.* 43. §. 7. *ff. De contr. empt.*, porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya ; lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hai sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L.* 3. *C. De contr. empt.;* y es la razon, porque allí no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio convencionalmente, sino por puja ; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. 3º Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*, porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae ; el que cuasi-contrae, se obliga ; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor, ni este interponerla en una cosa suya ; luego se debe nombrar otro que autorize ; que es lo que se habia de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit.* 11. §. 24. ; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya le tiene.

§. CCLVI. [Por Derecho español la autoridad del tutor no es acto legítimo. Cuando el guardador tiene que contratar con el huérfano, se nombra un curador especial al efecto. Concluída la tutela, el tutor tiene derecho á la décima de los frutos de los bienes administrados ; pero si la renta fuere mui cuantiosa, se le señalará una retribucion moderada.]

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos explicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela, pues hemos visto (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*, Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela, §. 303 ; luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ora muera el tutor, ora el pupilo, porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo no necesita el pupilo de que nadie le defienda en este mundo ; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien, que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre era tutor, nombrado bien por el testador, bien por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§ 3. *Inst. h. t.;* esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que medie entre él y el pupilo. La razon es esta : miéntras el tutor suple el juício del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo así, una sola y misma persona : una persona no puede contraer consigo misma ; luego tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, 2º que el tutor no puede comprar del pupilo, *L.* 43. §. 7. *ff. De contr. empt.*, porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya ; lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hai sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L.* 3. *C. De contr. empt.;* y es la razon, porque allí no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio convencionalmente, sino por puja ; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. 3º Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*, porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae ; el que cuasi-contrae, se obliga ; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor, ni este interponerla en una cosa suya ; luego se debe nombrar otro que autorize ; que es lo que se habia de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit.* 11. §. 24. ; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya le tiene.

§. CCLVI. [Por Derecho español la autoridad del tutor no es acto legítimo. Cuando el guardador tiene que contratar con el huérfano, se nombra un curador especial al efecto. Concluída la tutela, el tutor tiene derecho á la décima de los frutos de los bienes administrados ; pero si la renta fuere mui cuantiosa, se le señalará una retribucion moderada.]

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos explicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela, pues hemos visto (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*, Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela, §. 303 ; luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ora muera el tutor, ora el pupilo, porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo no necesita el pupilo de que nadie le defienda en este mundo ; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien, que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre era tutor, nombrado bien por el testador, bien por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

luego la tutela no pasa á los herederos. Se esceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos, si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *fig.* 17 *de la lámina II*, el primero, impúber, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuatro y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado (§. 221.). Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren ántes de la pubertad del primero; en este caso serán tutores los herederos del quinto, que son el sesto y sétimo, con tal que sean mayores de edad y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto, quedan próximos agnados; y así es como debe entenderse la *L.* 26. §. 1. *ff. De tut.* y la *L.* 46. *ff. Famil. ercisc.*

§. CCLIX. Tambien se acaba la tutela por la capitis-diminucion, pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.) *L.* 209. *ff. De R. J.*, los jurisconsultos atribuian á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien se acababa por la capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hai entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuído el pupilo, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima, bien la média, bien la mínima. Mas el tutor pierde la tutela por la capitis-diminucion máxima y la média, y no por la mínima. §. 1, 3, 4, *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el pupilo sufre la capitis-diminucion máxima, se hace siervo; si sufre la média, se hace estranjero; y si la mínima, se hace hijo de familia por arrogacion: y ni el siervo puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el estranjero, porque la tutela es un Derecho propio de los ciudadanos romanos (§. 207.), ni el hijo de

familia, porque está bajo la patria potestad, y al que tiene padre, no se le da tutor (§. 207.). Mas el que el tutor, por haber sufrido la capitis-diminucion máxima ó média, pierda la tutela, se funda en que ni el siervo ni el estranjero pueden ser tutores, como incapazes de cargos públicos (§. 205.) Pero la capitis-diminucion mínima no perjudica al tutor, porque puede serlo un hijo de familia, que en los cargos públicos es reputado por padre de familia, *L.* 9. *ff. De his qui sui vel alieni.* Es verdad que por Derecho antiguo habia una escepcion en los tutores legítimos, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el derecho de agnacion, el cual se perdia por cualquiera capitis-diminucion (§. 222.). Mas como en el Derecho nuevo, por la *Nov.* 118. *c.* 145, se hacen tambien tutores los cognados, y no se pierde la cognacion por la capitis-diminucion mínima (§. 221.), se sigue que hoi cesa la escepcion, y queda universal la regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion, no por eso pierde la tutela.*

§. CCLX. El tercer modo de acabarse la tutela es la *pubertad*, puesto que la tutela se da porque el pupilo *no puede defenderse a sí mismo por su edad* (1). Pero esta razon cesa siendo ya de perfecta edad ó púber; luego tambien acaba la tutela. Pregúntase, cuándo llega uno á la pubertad? En este punto discordaron las antiguas sectas. Los proculeyanos creian que la pubertad debia estimarse por el estado y disposicion del cuerpo: los sabinianos juzgaban que por los años, y segun ellos, se requerian en los varones catorce, y doce en las hembras. Javoleno Prisco, tratando de conciliar estas dos sectas, queria que

(1) « Durar debe el oficio de los guardadores, fasta que los huér-« fanos sean de edad de catorce años, si fueren varones, é si fueren « mujeres, fasta que sean de doce, » La *lei.* 17, *tít.* 16. *Part.* 6. esplica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluida la tutela.

se atendiese á las dos cosas, al estado del cuerpo y á los años. Véase sobre esto á Ulpiano, *Fragment. tit.* 2. §. 28. y á Servio, *Schol. ad Virgil. Æneid. lib.* 7. *v* 93, *et Eclog.* 8. *v.* 34. Justiniano cortó estas disputas en la *L. fin. C. Quando tut. esse desin.* y en el *pr. Inst. h. t.* confirmando la opinion de los sabinianos. Mas aunque el emperador obró bien en esto, parece que no entendió á los proculeyanos, pues dice ser indigna del pudor de su siglo la inspeccion ó reconocimiento indecoroso del cuerpo, por el cual creyeron los proculeyanos que se debia graduar la pubertad. Pero el *estado del cuerpo* por el que queria Próculo que se esplorase la pubertad, no parece que significa la inspeccion de las partes vergonzosas, sino el estado esterior del cuerpo, v. gr. si sale la barba, si la voz se hace gruesa, etc. Esto es lo que los proculeyanos mandaban averiguar. Véanse las *Ant. rom. h. t.* Es verdad que Bynkershoeck, *Observ. lib.* 3. *c.* 34, y Gundlingio, *Gundlingian. Part.* 24. *diss.* 7. se esfuerzan en probar que antiguamente estaba absolutamente recibida, para la esploracion de la pubertad, la inspeccion de las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen, pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr. si se trataba de si un esposo era apto para el matrimonio, si podia juntarse con la hembra, etc.; en cuyos casos aún hoi manda el juez la inspeccion ó reconocimiento. Pero si la cuestion versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamas se haya hecho esta esploracion de las partes genitales; y así en mi concepto no entendió el emperador á los proculeyanos. Como quiera que sea, hoi siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberos los varones en siendo mayores de catorce, porque entónces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece apta para casarse:

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.

§. CCLXI. El cuarto modo es, el *dia llegado* ó la *condicion cumplida*. Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem ó sub conditione* (§. 213, 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como tambien se probó en el § 215. Por consiguiente, si v. gr. el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos durante cinco años, ó sea tutor, si él no tuviere hijos; entónces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor, cesará la tutela, porque ya llegó el dia, ó se verificó la condicion.

§. CCLXII. El quinto modo de acabarse la tutela son las *escusas*; y el sesto la *remocion del tutor sospechoso*, §. *ult. Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de este libro, y por eso nosotros seguiremos su método.

§. CCLXIII. Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase, ¿qué es lo que incumbe al tutor, concluída la tutela? Resp. Dar cuentas, y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma naturaleza de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona y secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas ajenas, está obligado á dar cuentas; luego tambien el tutor. Mas por Derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela, *L.* 9. §. 4. *ff. De tut. et rat. distrah.*, porque la administracion de las cosas no cesa ántes. Pero ¿qué sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entónces hai lugar á *la accion tutelæ*, que no se ha de confundir con las acciones *De suspectis tutoribus* y *De rationibus distrahendis*, pues se diferencian por el *tiempo* en que se deben instituir, y por el *fin* á que se dirigen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye *durante la tutela*, si el tutor no

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

obra con fidelidad; la accion *tutelæ* se entabla *concluída la tutela, y no dadas aún las cuentas*; la accion *de distrahendis rationibus, dadas ya las cuentas*, pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor *sea removido*; el de la segunda, que *dé cuentas*; y el de la tercera, que las cuentas dadas por él *se examinen, y que si ha ocultado algo, restituya el doble*. Por lo demas acerca de la accion *tutelæ* se debe observar, 1° que es *directa* ó *contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor ó sus herederos, para que se den las cuentas, y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor, despues de concluída la tutela, contra el pupilo, para que le indemnize, v. gr. si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya, etc.

Acerca de esta accion debe observarse, 2° que la accion directa infama, si el tutor fuere condenado por dolo ó culpa lata, *L. 1. ff. De his qui not. infam.*, porque cuanto mayor es la confianza que se deposita en el que se da por tutor al pupilo, tanto mas torpe es el dolo con que aquel engaña á este; y así con razon se le marca con la nota de infame.

§. CCLXIV. [Las leyes de Partida admiten todas estos modos de acabarse la tutela; sin embargo parece que segun nuestras leyes, no debiera acabarse la tutela legítima por la adopcion del tutor, pues que no se estingue por ella el derecho de sucesion, ni establecen diferencia alguna entre agnados y cognados.]

TÍTULO XXIII.

DE LOS CURADORES

§. CCLXV. Cuanto hasta aquí llevamos tratado, pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría. Los

verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas vezes, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues *procurare* y *curare* es administrar negocios ajenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en Plauto, *Epidic. act. 1. secen. 2. v. 27*:

Quod ad me attinuit, ego curavi quod mandasti mihi.

Mostell. *act. 1. scen. 1. v. 24*:

Hæccine mandavit tibi, cum peregre hinc iit senex?
Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?

y en otros varios pasajes. Por lo cual Corn. van Bynkershoeck, *Obs. 2, 20.* advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L. 1. C. Si tut. vel. cur. inter.*

§. CCLXVI. De esta significacion de la palabra se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende *la facultad de administrar los bienes y hacienda de aquellos que por sí no pueden manejarlos*. Dícese, 1° *facultad*, no adquisitiva, cual es la del padre sobre los hijos, sino *directiva*, cual compete á todos los administradores de cosas ajenas. 2° *De administrar los bienes y hacienda*, porque así como el tutor defiende la persona del pupilo, y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquel que por su edad no puede defenderse á sí, *L. 1. ff. De tut.*, del mismo modo la curaduría es la potestad de administrar las *cosas* ó *bienes*. Finalmente 3° *de aquellos que por sí no pueden manejarlas*. Luego los curadores se dan á aquellos, que si bien son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes, etc. (1)

§. CCLXVII. Por esta definicion se conoce cuál es la diferencia que média entre un tutor y un curador. 1° El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas; y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.), porque un púpilo es como média persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púber es una persona plena y perfecta, y así no hai necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por cuanto un púber no siempre es padre de familia bueno ymoderado, de aquí es que se le debe juntar un curador que zele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. Hé aquí la primer diferencia, acerca de la cual se deben examinar las leyes alegadas, y asimismo repetirse lo que arriba dijimos (§. 207.). 2° El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo así, la persona, y suple el defecto de la impubertad, L. 32. §. 2. *ff. De adqu. vel. amitt. possess.*; pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberes, no se dice que interpone su autoridad, sino su *consentimiento*. Así es que en las Pandectas el *tít* 8 *lib*. 26. tiene por inscripcion: *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum*; de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. 3° Al que tiene tutor, no se le puede dar otro tutor, v. gr. si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, pues entónces se nombra miéntras tanto un curador *ad litem*, porque el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (§. 254.), *L.* 27. *ff. De test. tut. L.* 41. § *ult. ff. De excus. L.* 38. §. 8. *ff. De administ. tut. L.* 17. *ff. De tut. L.* 15. *De tut. dat.*

(1) « *Curatores* son llamados en latin aquellos que dan por guarda- « dores á los mayores de catorce años, é menores de veinte y cinco « años, seyendo en su acuerdo. É aún á los que fuesen mayores, seyendo « locos ó desmemoriados etc. » *L.* 13. *tít.* 16. *Part.* 6.

§. CCLXVIII. Examinemos ahora de cuántos modos es la curaduría. Arriba dividímos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (§. 208 y 209.): hai tambien las mismas especies de la curaduría? Resp. De ninguna manera: hai, es cierto, *curaduría légítima*, que se defiere á los próximos agnados ó cognados, y la hai *dativa*, que se confiere por el magistrado. Pero *testamentaria* no puede haberla absolutamente (1), porque 1° la lei de las XII Tablas habia permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa* (§. 208.). Ulpian. *Fragm. tit.* 11. §. 14.; mas no acerca de la curaduría de su cosa. 2° Parecia un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para el tiempo, en que el mismo hijo podria hacer testamento. Al modo pues que la sustitucion pupilar cesa con la puberdad, porque el padre no puede instituir heredero al hijo para un tiempo, en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L.* 14. *ff. De vulg. et pupill. substit.*, así tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad; mas no curador despues de ella, porque entónces el mismo hijo hace testamento; por lo cual no puede llegar hasta este punto la prevision paterna. Por consecuencia la curaduría es *legítima* ó *dativa*. *Legítima* es la que compete por la lei á los próximos agnados y cognados; y es la de los *furiosos* ó *pródigos*: *dativa* la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores ó impedidos por enfermedad, ó ausentes*; en lo cual hemos querido ocuparnos aquí, aunque debiéramos dejarlo para el §. 273.

(1) En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *L.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

1°. La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*, pues por la lei de las XII Tablas se prevenia que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y gentiles, *Cic. Quæs. tusc. lib.* 3. *c.* 11. Quiénes sean los agnados y quiénes los gentiles, no hai para qué repetirlo aquí, pues todo esto se ha esplicado arriba en el §. 220, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y gentiles todos los del mismo nombre; por ejemplo todos los Cicerones eran agnados de Ciceron: todos los Tulios eran gentiles suyos: aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente al que se volvia loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenia hermano, el tio paterno; si tampoco habia tio paterno, otros mas remotos, del modo que esplicámos arriba, cuando hablámos de la tutela legítima (§. 220 y 221.), donde tambien hemos observado que hoi por la *Nov.* 118. *c.* 4. no hai diferencia entre agnados y cognados, y que por consiguiente todos son llamados á la tutela. Hai algunos que niegan que la tutela del furioso sea hoi legítima, fundándose en la *L.* 6. *y L.* 13. *ff. De curat. furios.*, en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados no serán tutores legítimos. Pero la respuesta está en la misma *L.* 13., donde se añade, que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien legítima por Derecho nuevo esta curaduría, 1° porque viene de la lei de las XII Tablas, 2° porque compete á los mismos á quienes la lei concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por Derecho nuevo el magistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas vezes los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decian que estaba loco, y con este pretesto invadian sus

bienes como curadores legítimos. De lo cual se ve un ejemplo mui gracioso en Plauto, *Menæch. act. V. scen. II. v.* 75. *y sigg.*, en donde una mujer y su padre tienen á Sósicles por loco, siendo así que estaba mui sano, y le mandan llevar al médico, para que le cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo ...édico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos; pero esto con conocimiento de causa, á saber, si le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría pretenden. Por lo demas notaré de paso, que de aquí tuvo orígen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles remittendus*, de que usaban para significar, que uno no estaba en su juicio.

§. CCLXIX. 2° Sigue otra especie de curaduría legítima, á saber, la de los *pródigos*, los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mismo que los furiosos, porque tambien se decia de ellos que hacian un uso irracional de sus cosas, *L.* 12. §. 2. *ff. De tut. dat*, Por lo cual debe repetirse aquí lo que dijimos en el §. 268. Esta curaduría viene tambien de las XII Tablas, no porque en estas se hiciese mencion de ella, sino porque los jurisconsultos la hacian derivar de su testo por interpretacion estensiva, pues creían que para la economía ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose pues curador á los furiosos, por malgastar sus cosas, habia motivos para darse tambien á los pródigos, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho.* Solo pues falta esplicar, quiénes son los pródigos. Debe hacerse distincion entre pródigos en sentido jurídico y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término, y consumen así sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pró-

digo, porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este género, era mui de temer que no se hallasen curadores para tantos como los necesitan. Pero *jurídicamente pródigos* se llaman aquellos, á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo, daba un decreto, cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recep., sent. lib.* 3. *tit.* 15. §. 7., que era esta: pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indigencia tus hijos, te prohibo su administracion y manejo: *Quando tu bona paterna avitaque nequitiâ tuâ disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi eâ re commercioque interdico* Hecho esto, al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y gentiles.

§. CCLXX y CCLXXI. De las especies de *curaduría dativa la 1 es la curaduría de menores* ¿Pues acaso la lei de las XII Tablas habia mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera; y eso por dos razones: 1ª Porque en el tiempo en que se formaron las XII Tablas, era severa y recta la disciplina de los romanos, y tan honrados y morigerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. 2ª Porque en razon de que solo los locos y pródigos tenian curadores, la curaduría parecia en cierto modo ignominiosa; y por eso no querian los antiguos legisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, tratándoles como á los pródigos y locos. De esta ignominia que, segun acabamos de decir, era inherente á la curaduría, se hallan señales en la *L.* 2. *ff. Si á par. quis manum.*, donde se dice ser *cosa inicua que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas.* Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podian fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgó la lei *lætoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudolus* ó el Embustero, *act.* 1. *scen.* 3. *v.* 68, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exigia veinte y cinco años para poder manejar los bienes. Por esta lei 1º se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviese por mayores á los que pasasen de veinte y cinco, *L.* . *C. theod. De donat.* 2º Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio, *Plaut. Rud.* act. 5. *sc.* 3. *v.* 25., *Prisciano, lib.* 8. *p.* 794 *y lib.* 18. *p.* 1164. 3º Tambien se estableció que á los menores de veinte y cinco años, que lo pidiesen (pues el hacerles tomar curador contra su voluntad, se tenia por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo aún así no parecia haberse mirado bastante por los menores, porque (a) no á todos se daba curador, sino á los que le pedian; (b) no se daba curador sino con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino, 1º que todos los menores recibiesen curadores, 2º y que esto fuese ademas sin conocimiento de causa. Véase á *Jul. Capitol.* en la *vida de M. Antonino, c.* 10., cuyo pasaje interpretámos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrrafo. Desde aquel tiempo pues todos los menores de edad tuvieron tutores.

§. CCLXXII. Mas aquí se ofrece una duda no pequeña, porque segun la constitucion del emperador Marco Antonino, todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano, § 2. *Inst. h. t.* dice espresamente, que no le reciben los que no le quieren, sino los que le piden; lo cual tam-

bien se halla en la *L.* 13. §. 2. *ff. De tut. et cur. dat.* *L.* 2. § *pen. et ult. ff. Qui pet. tut. et cur.* Á esto respondo, que ambas cosas son compatibles : en efecto no se da curador sino á los menores que le piden y desean; pero M. Antonino inventó un buen medio para obligar á los jóvenes á que le pidiesen, porque ni reciben la administracion de sus bienes, ni la tutela se considera acabada hasta tanto que piden curadores, *L.* 1. § *ult. ff. De minor. L.* 33. §. 1. *L.* 28. §. 1. *L.* 31. *ff. De admin. tut.* Si pues los jóvenes quieren librarse de estar bajo de tutela (lo cual sin duda quieren todos), deben pedir curadores (1). De esta manera se da solo curador á los que le piden, y sin embargo se da á todos. Esto se debe tener mui presente, porque Revardo, *lib.* 1. *Var. c.* 12., Tomasio *in. annot. ad Inst.* y otros reprenden ásperamente á Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad : ¡como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el Derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! Cómo ! lo que hoi no ignora el mas estúpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano ?

§. CCLXXIII y CCLXXIV. El §. 273 ya queda explicado arriba en el 268. Resta solamente examinar, 1° quién nombra los curadores ; 2° cómo acaba la curaduría ; 3° qué accion se da contra los curadores acabada la curaduría ; 4° qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador.

1° Todos los que nombran tutores, nombran tambien curadores. Así pues en la ciudad nombraban curadores el pretor contra la mayor parte de los tribunos de la plebe,

(1) Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento ; porque entónces será est confirmado por el juez, segun queda dicho en la nota anterior.

y en las provincias los presidentes. Despues tambien otros magistrados recibieron por lei especial esta facultad, como dijimos en el §. 242. Tambien es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden ser nombrados curadores; y por esto lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar tambien la curaduría ? En el §. 18. *Instit. De excus. tut.* se dice que no puede ; y la razon es, porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneracion no es correspondiente.

§. CCLXXV. II°. Á la pregunta de *cómo se acaba la curaduría*? se responde fácilmente. 1° Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría así que cesa la causa por que se da. Por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores, pues *cesando la causa, cesa el efecto.* 2° Por parte del curador se acaba la curaduría, (a) por escusa, v. gr. si el curador prueba que por estar ausente de la república, no puede atender á la curaduría; (b) por remocion, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

§. CCLXXVI. III°. No es ménos fácil comprender cuál es la *accion que compete contra el curador acabada ya la curaduría.* Le compete la *accion de tutela*, que esplicámos arriba en el §. 263, no la *directa*, sino la *útil*. Así como acabada la tutela pone el pupilo su accion contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L.* 1. *pr. seq. ff. De tut. et rat. distrah.*; de igual modo, concluída la curaduría, interpone el menor accion contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el contrario el curador contra el menor,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuyas cosas administró, para obtener la indemnizacion, *L.* 3. *C. De arbitr. tut.* Esto es fácil de entender : lo único que todavía merece nuestro exámen, es la razon por que esta accion se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo, se llama *directa*? Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas;* las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras sino de la *razon de la lei*, se llaman *útiles*; y finalmente las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hai un notable ejemplo en el § *últ. Inst. De L. aquil.*, donde se esplica la accion de la lei aquilia *directa*, *útil* é *in factum*. Así que, como las leyes de la XII Tablas hicieron mencion de la *accion de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

§ CCLXXVII. IV°. Resta manifestar, *qué cosa sea actor*. Actor significa algunas vezes la persona que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta palabra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador;* porque así como el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador;* del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, § *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hai grandísima diferencia : 1° el procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituído

por el dueño, *L.* 1. *ff. De procur.:* es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actos. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocables; el dueño nombra *procurador;* una universidad, *síndico;* y el tutor ó curador, *actor*. 2° El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño;* pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L.* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1° qué cosa sean fianzas, §. 279; 2° por qué las dan los tutores. §. 280; 3° quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4° cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

Afianzar á vezes se toma en sentido general, á vezes en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L.* 61. *ff. De V. S. L.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuyas cosas administró, para obtener la indemnizacion, *L.* 3. *C. De arbitr. tut.* Esto es fácil de entender : lo único que todavía merece nuestro exámen, es la razon por que esta accion se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo, se llama *directa*? Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas;* las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras sino de la *razon de la lei*, se llaman *útiles*; y finalmente las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hai un notable ejemplo en el § *últ. Inst. De L. aquil.*, donde se esplica la accion de la lei aquilia *directa*, *útil* é *in factum*. Así que, como las leyes de la XII Tablas hicieron mencion de la *accion de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

§ CCLXXVII. IV°. Resta manifestar, *qué cosa sea actor*. Actor significa algunas vezes la persona que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta palabra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador;* porque así como el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador;* del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, § *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hai grandísima diferencia : 1° el procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituído

por el dueño, *L.* 1. *ff. De procur.:* es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actos. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocables; el dueño nombra *procurador;* una universidad, *síndico;* y el tutor ó curador, *actor*. 2° El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño;* pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L.* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1° qué cosa sean fianzas, §. 279; 2° por qué las dan los tutores. §. 280; 3° quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4° cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

Afianzar á vezes se toma en sentido general, á vezes en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L.* 61. *ff. De V. S. L.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

49. *ff. De solut. Más especialmente* se entiende por fianza a caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras vezes, *L.* 59. *ff. ult.* § *mand.* Y en el sentido *especialísimo* fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L.* 1. *ff. Qui satisd. cogantur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria;* y esto por dos razones: 1ª porque esta caucion es pretoria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L.* 7. *ff. De præs stip.*, que se debe tener mui presente. 2ª No puede saberse en cuánto podrá estar interesado el pupilo, es decir cuánto daño le haya de causar el tutor. Por lo mismo si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habra mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoraticia. Por esto se necesitan fiadores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán á salvo.*

§. CCLXXX. De aquí se puede inferir, por qué causa se ha inventado esta fianza. 1° El tutor, aunque se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla general del Derecho, los que administran cosas ajenas, deben dar cuentas y afianzar; y así es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aún los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porque usan de cosas ajenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. 2° Á esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos, destituídos de todo ausilio, tengan asegurados sus intereses por la vigilancia de los

magistrados: y esto no podria conseguirse, si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

§. CCLXXXI y CCLXXXII No obstante como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas, se trata aquí la tercera cuestion, á saber, *á quiénes incumbe ó no incumbe el darlas*? Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axoma general, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El axioma general es: *están obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores, en quienes recae alguna sospecha.* Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablámos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas: no apareciendo pues ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, esto es, cesando la causa, justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento, 1° de quién no afianza, y 2° de quién está obligado á afianzar.

1° No están obligados á afianzar, 1° los tutores testamentarios (1). Por qué? Porque parece que el padre habrá examinado cuidadosamente las costumbres y fide-

(1) En España nada se halla espresamente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero attendiendo á que la *L.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3. y la *L.* 9. *tit.* 16 *Part.* 6., que imponen á los tutores esta obligacion, hablan solo de los legítimos, parece probable que los testamentarios, segun el espíritu de dichas leyes, están esentos de dar fianzas. Esto mismo confirma la particula adversativa *pero*, con que empieza la segunda cláusula de dicha lei, que habla de la fianza. Véase á Greg. López en la *glos.* 5 de la misma *L.* 9, donde tambien aprueba las disposiciones del Derecho romano sobre el patrono y sus hijos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace á la madre y á la abuela, á quienes, faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por órden sucesivo, es decir, primero á la madre, y despues á la abuela, quieren Aso y de Manuel (*Inst. de Castilla, lib.* 1. *cap,* 3 *vers.* Como

ndad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L.* 7. §. 5. *C. De cur. furios.* No recayendo pues sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. 2º Los nombrados por magistrados mayores, como los pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porque estos magistrados mayores no pueden nombrar tutor, sino previa inquisicion. Si pues inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro que se halló que eran diligentes y dignos de confianza, *L.* 13. § *últ. ff. De tut. dat.* Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos: luego segun nuestro axioma, no hai en este caso necesidad de caucion.

IIº Por el contrario se conoce tambien fácilmente quiénes están obligados á afianzar, á saber, 1º todos los legítimos, *L.* 5. §. 1. *ff. De leg. tut.* Estos ni son elegidos por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley; no porque sean mas diligentes que los demas, sino porque son los parientes mas próximos. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, cuanto que son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla (§. 218 y sig.). Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. 2º Los nombrados por magistrados menores, porque estos que no están obligadas á dar fianzas, fundándose en la *L.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6. Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. Lopez en la *glos.* 8. de dicha lei, y Gutiérrez *De tutel. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16, apoyados en que, sin embargo de que la citada *L.* 9 no requiere especialmente la fianza en la madre ni en la abuela, la requiere indistintamente en los tutores legítimos; y no hai duda que la madre y la abuela son tutoras legítimas, ó que por lo ménos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase á Gutiérrez en *dicho num.* 16, donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (Sala. *om. hisp. lib.* 1. *nota al pr. del tit.* 24.)

no nombran tutores con inquisicion; y como de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo están obligados á afianzar. 3º Tambien lo están los testamentarios legítimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 1. *Inst. h. t.*, porque se presume que no se ofrecerian, si no deseasen lucrar: en los que desean ganar con los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. Hé aquí toda la doctrina, y su conexion con el principio arriba establecido. Pero aquí ocurre una duda: si hai muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó legítimos de un mismo grado (pues á todos estos dijimos arriba en el §. 220, 3., llama la lei al mismo tiempo) *se ha de conceder á todos la administracion, ó á uno solo de ellos; y en este caso quién debe ser el preferido*? Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo que á un mismo tiempo administren su hacienda muchos tutores, porque las mas vezes la administracion de muchos produce negligencia y confusion, *L.* 3. §. 6. *ff. De admin. tut.* Por eso se distingue si la tutela es de corta entidad, ó si es importante y se halla esparcida en diversos puntos: si *es de importancia ó se halla esparcida en diversos puntos*, entónces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hai, v. gr., en Holanda, otro de los que hai, por ejemplo, en Frisia, otro ponga á interes el dinero del pupilo etc. Mas si la tutela es *corta*, y no pasan de medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confía á uno solo de los muchos tutores nombrados, *L.* 3. §. 2. *ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Ántes que todos, á aquel que se ofrece, porque este queda obligado á prestar la culpa levísima, *L.* 53. §. 3. *ff. De furt.*; de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido el designado por el testador, por cuanto este

hecho indica que ha formado un juicio mui favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hai ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel, á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porque siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que dar la preferencia al elegido por mayoría de votos. Finalmente, si tampoco eligen los contutores, toca al pretor interponer su oficio, designar uno solo, el que juzgue mas apto; porque en esta materia se deja mucha latitud al oficio y arbitrio del magistrado, tanto que no siempre está obligado á seguir la voluntad del testador, ni á preferir necesariamente al que se ofreció espontáneamente, si médian las causas que alega Ulpiano en *d. L.* 3. §. 3. *De admin. tut.* y en la *L.* 17. §. 12. *ff. De test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que entre muchos tutores recibe solo la administracion, está, como dijimos, obligado á dar fianza á los demas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos; y esto, bien sea el tutor testamentario, bien legítimo ó dativo. Pudiera alguno objetar, que nadie, segun nuestro Derecho, puede estipular mas que para sí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.*, y aquí los contutores estipulan con el que toma la administracion, que el pupilo no recibirá daño en sus bienes, y por lo mismo no estipulan para sí, sino para otro, que es el pupilo; luego será inútil esta estipulacion. Se responde, que aquella regla es cierta, pero con esta escepcion; *á no ser que importe al estipulante*, §. 18. *Inst. eod* (Véase adelante §. 835. 6. §. 866. 10.) Es así que en este caso importa muchísimo á los contutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo, porque si lo reciben, son ellos responsables, y se da contra ellos la accion de tutela, para que resarzan al pupilo todo el daño (§. 263); luego podrán estipular por este.

§. CCLXXXIII. Pero *de qué modo* afianzan los tutores?

Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fiadores; luego se deben presentar fiadores. Ademas la fianza es una especie de estipulacion, pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo, esto no será *haber afianzado*, sino *haber prometido* (*constituisse*) (§. 873). Siendo pues la fianza una especie de estipulacion, uno debia necesariamente preguntar: ¿prometes bajo tu palabra que no sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tanc fide tuâ promittis rem pupillo salvam fore?* y el otro responder congruentemente: lo prometo bajo mi palabra: *fide meâ promitto* (§. 829). Sobre quién habia de responder congruentemente, no cabe ninguna duda; debia ser el fiador: la dificultad estaba en saber, quién habia de preguntar. Si podia hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podia preguntar, porque bien podia sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion (§. 251). Pero y si no podia hablar? si aún era infante? Parece que entónces ni el tutor podia preguntar, porque ántes de presentar fianzas aún no era tutor; ni el magistrado, n los agnados, pues nadie podia estipular para otro, §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Cómo pues se componia esto? Decian los antiguos, 1° que en lugar del pupilo debia preguntar un siervo, porque el siervo con su estipulacion adquiere para su señor, y su estipulacion no vale sino por la persona del señor (§. 848). 2° Que si no tenia siervo, se le comprase. 3° Que si tampoco esto podia hacerse. entónces debia preguntar un siervo público, *L.* 2. *ff. Rem pup. salv. fore.* Porque es de saber que habia siervos públicos de varios géneros: unos eran ministros, que estaban siempre al lado del magistrado (*apparitores*), otros lictores, otros *viatores*, es decir, mensajeros para convocar ó llevar órdenes, otros *tabeliones* ó escribanos. Á estos últimos incumbia principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito

jurisconsulto Amaya, *Comment. ad. C. lib.* 16. *tit.* 69. *L.* 3. Pero ¿cómo es, se dirá, que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Á esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Gotofredo, *Comment. ad. R. J. p.* 332. Véase la *L.* 3. *ff. De præt. stip.* y la *L.* 1. §. 4. *ff. Ut legat.*

§. CCLXXXIV y CCLXXXV. Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluída la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas que se le han defraudado. Porque 1° instituye la *accion de tutela* contra los tutores para que den cuentas y restituyan lo restante; de cuya accion hablámos arriba (§. 263). 2° Si con esta accion no recobra de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huídos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. De fidejuss. et nominat.* Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. De magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluída la tutela no puede recobrar su cosa, ni del tutor, ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos

ántes de entablar su accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas pero no contra el colegio (ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras vezes, y no se debe esperar de ella mucha utilidad, porque 1° siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario; y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2° El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L.* 1. §. 13. *ff. De mag. convent.* 3° Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertacion de Tomasio; *De exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit* (1).

§. CCLXXXVI. [Segun el Derecho español, el tutor, ademas de afianzar, está obligado á jurar el fiel y exacto desempeño de su encargo, y á hacer inventario.]

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII y CCLXXXVIII. Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1° por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen. 2° Cuál es el significado

(1) Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes: *L.* 23 *y* 26. *tit.* 13. *Part.* 5. *L.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6. y *L* 94. *tit.* 18. *Part*, 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jurisconsulto Amaya, *Comment. ad. C. lib.* 16. *tit.* 69. *L.* 3. Pero ¿cómo es, se dirá, que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Á esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Gotofredo, *Comment. ad. R. J. p.* 332. Véase la *L.* 3. *ff. De præt. stip.* y la *L.* 1. §. 4. *ff. Ut legat.*

§. CCLXXXIV y CCLXXXV. Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluída la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas que se le han defraudado. Porque 1° instituye la *accion de tutela* contra los tutores para que den cuentas y restituyan lo restante; de cuya accion hablámos arriba (§. 263). 2° Si con esta accion no recobra de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huídos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. De fidejuss. et nominat.* Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. De magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluída la tutela no puede recobrar su cosa, ni del tutor, ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos

ántes de entablar su accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas pero no contra el colegio (ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras vezes, y no se debe esperar de ella mucha utilidad, porque 1° siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario; y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2° El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L.* 1. §. 13. *ff. De mag. convent.* 3° Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertacion de Tomasio; *De exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit* (1).

§. CCLXXXVI. [Segun el Derecho español, el tutor, ademas de afianzar, está obligado á jurar el fiel y exacto desempeño de su encargo, y á hacer inventario.]

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII y CCLXXXVIII. Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1° por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen. 2° Cuál es el significado

(1) Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes: *L.* 23 *y* 26. *tit.* 13. *Part.* 5. *L.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6. y *L* 94. *tit.* 18. *Part*, 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

jurídico de escusar. 3° Cuántas especies hai de escusas.

1° Á los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§ 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos habia que estaban *esentos*, v. gr. los *militares;* otros tenian *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados; y otros *se escusaban*, si les asistia una justa causa, por ej mplo, el número de los hijos. Por eso en el libro primero de las Pandectas, donde se trata espresamente la materia de cargas públicas, aparecen los títulos *De immunitate* y *De vacatione et excusatione munerum*. Así pues, al modo que de las demas cargas públicas escusaban justas causas, así tambien parecia conforme á equidad que las mismas escusasen de la tutela.

II°. Obsérvese que la palabra *escusar* significa una cosa para los gramáticos y otra para los jurisconsultos. Entre gramáticos *escusar* se dice por la causa, y por eso significa tanto como *alegar una causa, por la cual no está uno obligado á sufrir una carga*. Mas para los jurisconsultos, escusar es *eximir ó no admitir á alguno por una causa grave*. Así, por ejemplo, en la *L.* 1. §. 3. *ff. De postul.* dice Ulpiano : *initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut puerítiam aut casum excusavit :* donde seguramente *escusar* es lo mismo que *prohibir*, pues el pretor no admitiria á niños ni á sordos, aunque quisiesen demandar, y sin embargo dice que los escusa. En el mismo sentido se dice en la *L.* 2. *ff. De decurion.* que los muchachos *están por cierto tiempo escusados*, es decir, impedidos *de ser decuriones;* y aunque aquí piensa ingeniosamente Cujacio, *Observ. lib.* XXVI. 38, que se debe leer *excuriantur*, no hai necesidad de enmendar el testo, que presenta un sentido bastante cabal. Luego entre los jurisconsultos escusar

significa alegar causas y prohibir; significacion tan singular, que Teófilo y los demas jurisconsultos griegos, viendo que en su idioma no habia ninguna palabra que significase esto, se determinaron á conservar la latina, y fingieron una palabra griega que espresase la misma idea. Sobre este punto ha hecho algunas observaciones importantes Bynkershoeck *Observ.* IV. 20.

III°. Ahora ya podemos fácilmente conocer de *cuántas especies* son las escusas de los tutores y curadores. Divídense 1° en *voluntarias, que, si se oponen, aprovechan*, v. gr. el número de hijos; pues si se alega esta causa, escusa; pero si no se alega, queda obligado á tomar la tutela el padre que tenga muchos hijos. 2° *Necesarias, que aún cuando no se opongan ó aleguen, impiden tomar la tutela*, v. gr. un pleito con el pupilo, pues si consta que média esta circunstancia, el pretor no admitirá por tutor al que la tenga, aún cuando este quiera recibir la tutela. De las escusas *voluntarias* se trata desde el §. 289 hasta el 294; de las *necesarias* en el §. 295, y de la alegacion de unas y otras desde el §. 296 hasta el fin del título.

§. CCLXXXIX. Las *causas voluntarias de escusar* son de tres clases, pues ó se admiten 1° por privilegio. §. 289 hasta 292, ó 2° por impotencia, 293, ó 3° por peligro de la reputacion, 294.

I°. Por *privilegio* se escusan 1° los padres de muchos hijos (1). En Roma escusaban tres, en Italia cuatro, y en

(1) En España el que tiene cinco hijos vivos, se escusa de la tutela, y lo mismo sucede, si se le hubiesen muerto en batalla ó en servicio de Dios y del rei, *L.* 2. *tít.* 17. *Part.* 6 Ademas de esto, el que tiene vivos seis hijos varones, queda libre de otras cargas públicas, y esto aún cuando alguno de ellos muriese despues, *L.* 7 *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; por cuya lei se concede el mismo privilegio á todos los recien casados dentro de los primeros cuatro años de su casamiento; y en los primeros dos años de él están inmunes de todas las contribuciones públicas por dicha *L.* 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

las provincias cinco, con tal que fuesen *naturales*, no adoptivos; *legítimos*, no espurios; *nacidos*, no por nacer; *vivos* ó *muertos en la guerra*, no fallecidos. Todo esto se dice en el *pr. Inst. h. t.* Pero de dónde viene este privilegio? Harprechto, que ilustró las Instituciones con un comentario de cuatro tomos, al *pr. Ins. h. t.* dice, que esta cuestion es del número de aquellas que no pueden resolverse. Brava salida! Este privilegio viene de la *lei julia y papia-popea*, dada el año 772 de la fundacion de Roma, en tiempo de Augusto, por los cónsules sustituídos (*suffecti*) Papio Mutilo y Q. Popeo Segundo, *Dion. Cas. lib.* 16. p. 662. Porque se ha de observar que los romanos no se ligaban fácilmente, como las demas naciones, al matrimonio; ántes lo repugnaban muchísimo, lo mismo que la procreacion de hijos. Y eran tres las causas principales; (a) el deseo de la vida disipada y licenciosa; (b) el lujo de las mujeres romanas, á las cuales apénas podian los maridos sostener con bastante esplendidez; y (c) el honor de la orfandad, pues á los que no tenian mujeres ni hijos, todos los reverenciaban, honraban y regalaban, porque cada uno de ellos esperaba ser su heredero. Sobre este punto hai un elegante y estenso pasaje de Plauto, en el *Milit. glor. act.* 3, *scen.* 3, *v.* 93 *ñ sigg.*, donde el viejo Periplectómenes, preguntado por qué no se casaba, responde :

Verum egone eam ducam domum?
Quæ mihi nunquam hoc dicat: eme, mi vir, lanam unde tibi pallium,
Malacum et calidum conficiatur, tunicæque hybernæ, bonæ,
Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore audias,
Verum priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,
Dicat: da mihi, vir, calendis meam quod matrem juverit,
Da qui far ciat, da qui condiat da quod dem quinquatribus,
Præcantatrici, conjectrici, hariolæ, atque aruspicæ;

Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit
Tum patricem clementer, non potest, quin munerem:
Jam pridem quia nihil abstulerit, succesent ceraria.
Tum obstetrix expostulavit mecum, parum missum sibi:
Quid? nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit?
Hæc atque hujus similia alia damna multa mulierum
Me uxore prohibent, mihi quæ hujus similes sermones serat.

Aquí se ve el desmedido gasto que dice Periplectómenes le arredraba de casarse, por no verse precisado á sostener en casa una reina de esta especie. Pero poco despues, *v.* 111, añade tambien otra causa :

Quando habeo multos cognatos, quid opus sit mihi liberis?
Nunc bene vivo et fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.
Mea bona meâ morte cognatis dicam, inter eos partiam;
Illi apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,
Priusquam lucet, assunt; rogitant, noctu ut somnum ceperim:
Eos pro liberis habeo, quin mihi mittunt munera.
Sacrificant? Dant inde partem mihi majorem quam sibi.
Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cœnam vocant,
Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi.
Illi inter se certant donis: ego hæc mecum mussito:
Bona mea inhiant, certatim dona mittunt et munera.

Por esto se ve con cuánto esmero honraban y lisonjeaban los busca-herencias (*heredipetæ*) á los huérfanos y celibatos: lo cual arredraba á muchas de casarse. Advirtiendo pues Augusto que el número de los ciudadanos iba disminuyendo de dia en dia por esta propension al celibato, promulgó aquella lei, por la que contuvo con varias penas la orfandad y el celibato, mandando, por ejemplo, que los célibes no pudiesen adquirir nada por testamento, y los huérfanos solamente la mitad; y concedió á los cónyuges y á los padres varios privilegios, de los cuales fué uno que los que tuvieran tres hijos en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, estuviesen

esentos de todas las cargas públicas, y por tanto tambien de la tutela. La historia, y cada uno de los capítulos de esta celebre lei, los espliqué prolijamente en mi *Comment. ad legem juliam et pap. popp.*, donde tambien traté de este privilegio en el *lib.* 2. *cap.* 8. *p.* 206 *y sig.*

§. CCXC. *Por privilegio* se escusan 1° los que administran rentas del fisco, ó el patrimonio del príncipe, ó los tributos y alcabalas, etc. Para que esto se entienda bien, debe observarse que antiguamente habia tres clases de bienes públicos, como todavía sucede en los gobiernos monárquicos: 1° el *erario*, al cual pertenecian todas las cosas que estaban en el dominio de la república, y las que se recogian para su conversacion, como contribuciones, alcabalas, etc. 2° El *fisco*, que era del príncipe por razon de su cargo, y le estaba señalado por la república para sostener su palacio; y á él pertenecian los bienes mostrencos, vacantes y de abintestato. 3° El *patrimonio del príncipe*, que este poseía como particular, v. gr. sus bienes hereditarios, ó los que compraba de su bolsillo. Cualquiera pues que administra el erario, el fisco ó el patrimonio del príncipe, goza del privilegio de estar escusado de la tutela. Suele aquí preguntarse, si esta causa es voluntaria ó necesaria? Unos creen que sea necesaria, por cuanto los bienes de estos administradores están empeñados para la república, el fisco ó el príncipe, de suerte que no puede competir al pupilo hipoteca tácita en dichos bienes, y por consiguiente, dicen, aún cuando quisieran recibir la tutela, no podrian ser admitidos. Pero aunque hoi tiene fuerza esta razon, antiguamente entre los romanos, esto fué un mero privilegio, una mera escusa voluntaria, porque (a) en el §. 1. *Inst. h. t.* se dice que *pueden escusarse*, que es decir, si quieren; y (b) entre los romanos no habia necesidad de aquella tácita hipoteca, puesto que el tutor estaba obligado á dar fianzas, y con estas fianzas quedaba bastante seguro el pupilo.

§. CCXCI. Tambien se concedia este privilegio 3° á los *ausentes por causa de la república;* por ejemplo, á los embajadores del pueblo romano, los magistrados provinciales, los militares. Pero aquí se debe distinguir entre la tutela ya recibida, y la por recibir. De la tutela por recibir se escusan enteramente, no solo miéntras están ausentes, sino tambien por espacio de un año despues que han vuelto, que se llama *año de vacacion*. Pero de la tutela ya recibida solo se escusa miéntras están ausentes, y entretanto se nombra un curador en su lugar; pero cuando regresan, vuelven á encargarse de la tutela, á no ser que estén ausentes en ultramar, que entónces deponen la tutela ya recibida. Asi se propone esta doctrina en el §. 2. *Ins. h. t. L.* 10. *pr. et* §. 2. *ff. eod. L.* 11. §. 2. *L.* 12 §. 1. *ff. De minor.* Empero *cesa* este privilegio, 1° si concluída su comision están ausentes mas de lo preciso: v. gr. si por gozar y distraerse, andan recorriendo varios países: 2° si con pretesto de estar ausentes por negocios de la república, lo están en realidad por comodidad suya. Porque solian los romanos que tenian asuntos en alguna provincia, pretender una *libre embajada*, y entónces partian con un aparato ó carácter de embajadores, aunque realmente iban por su propia utilidad. Y se revestian de este carácter de embajadores ó legados solo para que los recibiesen con veneracion en todas partes, como á embajadores del pueblo romano, segun se ve en Ciceron, *Epist. famil., lib. XI ep.* 1. *lib. XII. ep.* 21. *y al Attic. lib. II ep.* 4. Que semejantes personas no gozaban de este privilegio, resulta de la *L.* 1 § 1. *ff. h. t. L.* 5. *ff. Ex quibus causis maj.* 25. *annis in integr. rest. L.* 6. *ff* §. 36. *h. t.*

§. CCXCII. 1°. Se escusan ademas por este privilegio 4° los *magistrados*, pero no todos, sino *los que lo son con autoridad civil;* esto es, segun la interpretacion de *Aulo Gel. Noct. attic. l. XIII.* 13., los que tienen derecho de

prender, como los cónsules, pretores, censores, dictadores, prefectos de la ciudad y del pretorio; mas no los ediles, *L.* 17. §. 4. *ff. h. t.* y mucho ménos los cuestores y demas inferiores á estos, cuya enumeracion se hace en la *L.* 2. §. 29. *sig. ff. De or. jur.* Pero con el tiempo parece que á los magistrados menores se les concedió también este privilegio, pues que el duunvirato de los municipios fué escusa en tiempo de Modestino, que vivió en el reinado de Alejandro Severo, *L.* 15. §. 3. *ff. h. t. L.* 6. §. 16. *ff. eod.* Se escusan 5º los literatos, retóricos, sofistas, médicos, jurisconsultos; pero no todos, ni siempre, sino tansolo (a) si son profesores; (b) si son de número, esto es, ordinarios; (c) si enseñan en su patria; (d) si son laboriosos, *L.* 6. §. 6 *sig. h. t. L.* 6. *C. De prof. et med.* (1).

Pero acerca de estos cinco privilegios, se debe notar la regla general de que *un privilegiado no usa del privi-*

(1) Por las leyes españolas los doctores en leyes no están escusados de la tutela, como no sean jueces ó consejeros del rei, *L.* 13. *tit.* 17. *Part.* 6.; de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros, de quienes habla dicha *L.* 3., y Gregor. López en su *glos.* 6. á ella. Y esto puede consistir en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas en otras cosas gozan de muchos privilegios, como puede verse en la *L.* 8. *tit. fin. de la Part.* 2. Los gramáticos, retóricos y médicos se escusan, aunque no enseñen ni ejerzan su profesion en el reino, con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rei, *d. L.* 3. La *L.* 12. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Recop.* revoca y anula todas las cartas reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas esenciones son perjudiciales al servicio del rei y al bien comun. Y no podemos asentir á lo que sientan Aso y de Manuel (*Inst. de Cast. lib.* 1 *tit.* 4. *cap.* 1. §. 2 *vers. Se escusa*») diciendo que la citada *L.* 12. quitó á los plebeyos las escusas aprobadas en la *L.* 2. *tit.* 17. *Part.* 6. esto es, las que provienen de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia y edad mayor de setenta años; y nos fundamos en que dicha *L.* 12. espresamente aprueba estas escusas y las demas concedidas en *nuestras leyes*, donde dice: « No aquellos que los derechos y leyes de « nuestros reinos escusan de tales cargos y oficios. » (Sale, *Inst. rom. hispan. lib.* 1. *tit.* 25. *not. al* §. 15.)

legio contra otro igualmente privilegiado. Así pues se escusará sin duda un militar, un catedrático, un administrador del fisco, pero si el pupilo es hijo de militar, no se escusará el militar; si es hijo de catedrático, no se escurasá el catedrático: como tampoco se escusará el administrador, si es hijo de otro administrador el pupilo. Véase la *L.* 17. §. 17. *ff. h. t.*

§. CCXCIII. II° *Por impotencia* se escusan todos los que parecen ménos idóneos para desempeñar la tutela, si por otra parte son hombres de honradez; porque de otra manera la escusa fuera necesaria, y aunque quisieran, no serian admitidos. Las causas son 1° *tener á su cargo tres tutelas.* Pero aquí debe observarse (a) que se computan todas las tutelas de una casa, de suerte que si, por ejemplo, el padre desempeña una tutela, y cada uno de sus hijos la suya, esto escusará. (b) Que las tutelas no tanto se deben contar, como pesarse; y así, una sola que haya demasiado estensa, será bastante á escusar, al paso que no lo serán tres, siendo mui fáciles. (c) Que las tutelas no se cuentan segun el número de los pupilos, sino segun el número de las cuentas que hai que dar. Por consiguiente, si uno tiene á su cargo la tutela de cuatro hermanos, se considera que no tiene á su cargo mas que una, §. 5. *Institut. L.* 31. §. 4. *ff. h. t.* (d) Que no hai lugar á esta escusa, si los pupilos están próximos á la pubertad, v. gr. si solo restan seis meses para acabarse la tutela, *L.* 17. *pr. h. t.* (e) Que no escusan las tutelas honorarias, esto es, que no tienen anejo á sí ningun cargo de administracion, *L.* 15. §. 9. *ff. h. t.* De todo esto se puede colegir que se deja mucho sobre este punto al arbitrio del magistrado. Escusa ademas 2° la *pobrez*; pero tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no que le quedase el tiempo necesario para proporcionarse lo indispensable á su subsistencia, § 5. *Inst. h. t.* Antiguamente esta causa

de escusa era voluntaria; pero hoi sin duda es necesaria, pues no acostumbrándose confiar temerariamente la tutela sino al que posee inmuebles, se deja conocer que los pobres no serian hoi admitidos, aunque estuviesen prontos á encargarse de la tutela. Escusa por la misma impotencia, 3º *el padecer enfermedad*, con tal que esta no sea de poca consideracion, v. gr. una fiebre lijera, ó un dolor de cabeza; sino habitual, y que postre en cama al hombre de suerte que ni aún pueda cuidar de sus asuntos, y mucho ménos de los ajenos, § 7. *Inst. h. t.* Notaremos de paso que los antiguos llamaron *sòatica* esta clase de enfermedad, *Gell. lib. XVI. c. 4. lib. XX. c. 10. lib. II.* §. 3. *ff. Si quis caut. in judic.* Se escusan 4º por impotencia los *idiotas*, por los cuales no se entiende aquí á los que no tienen instruccion, sino á los que no saben leer ni escribir, porque estos no pueden formar las cuentas. Sin embargo se les admite, (a) si la tutela no es de grande importancia, y ellos son prudentes, *L.* 6 §. *últ. ff. h. t.*; (b) si pueden dar las cuentas por tarjas ó por otro método sencillo. Tambien se escusan por impotencia 5º los *septuagenarios*, porque esta edad dispensaba tambien de otras cargas públicas; pero se requieren rigurosamente los setenta años, de suerte que faltando para esta edad un solo dia, ya no hai lugar á esta escusa, *L.* 2. *pr. ff. h. t.*

§. CCXCIV. Finalmente por *enemistad* con el padre del pupilo se escusan aquellos que la alegan, § 9. *y* 11. *Inst. h. t.* Esto pudiera parecer que repugna á la piedad cristiana, pues que en este caso las leyes son indulgentes con hombres á quienes ni aún aplaca la muerte de su enemigo. Pero Vinio nota muibien en este §. 9. que no es este el sentido del Derecho, sino que si se les concede este privilegio, es por no ofender su reputacion: pues si se les obligase á tomar la tutela, fácilmente se suscitaria contra ellos la sospecha de que administrándola se portarian sin pureza ni honradez. Pues para que puedan evitar esta siniestra opinion, y defender la reputacion de que gozan, los escusa la lei, si ellos quieren.

§. CCXCV. Hemos visto las causas voluntarias de escusarse, que libran del cargo de la tutela siempre que se aleguen: siguen las *necesarias* (§ 288), que aunque no se opongan, impiden tomar la tutela. Lo que hace á los hombres ineptos para desempeñar los negocios ajenos, es causa para que no sean admitidos en la tutela. Tal es 1º el estar *furiosos, dementes, sordos ó ciegos*. Porque aunque todos estos, siendo nombrados en testamento, no sean removidos de la tutela, sino que entretanto se dé otro tutor, hasta que cese el impedimento, y aunque esto suceda tambien 2º con los *menores* nombrados en testamento (§. 213); sin embargo no son admitidos á la administracion de la tutela, miéntras están furiosos, dementes, sordos, ciegos, ó son menores de edad; los cuales no pueden ser tutores por estar ellos mismos sujetos á la direccion de otros, es decir, bajo curaduría. 3º Otra escusa del mismo género da la *milicia*, pues los militares, aunque quisieran, no pueden ser tutores, porque no se distraigan de sus banderas con esta clase de negocios. *L. 4. C. Qui dar. tut.* Con todo los militares no se escusan de la tutela de los hijos de sus camaradas, por no haber otros á la mano que puedan ser nombrados tutores de tales hijos. Escusa 4º el *tener pleito con el pupilo*, §. 4. *Inst. h. t.*, no solo presente, sino tambien futuro ó próximo, *Nov.* 72. *cap.* 1, 2, 4, ; de manera que si el nombrado tutor disimulare tener pleito de esta clase, y recibiere la tutela, puede despues ser removido como sospechoso. Escusa 5º el *sacerdocio* y el *monacato*, *Nov.* 123, tanto que ni aún queriendo, son admitidos, á escepcion de los presbíteros y diáconos (no los obispos), que lo son á la tutela legítima. Se estableció así, para que los sacerdotes no se distrajesen

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

con estos encargos del culto divino y estudios sagrados, ni los monjes de sus oraciones y demas ejercicios monásticos. Pero en el dia son tambien admitidos los sacerdotes entre los protestantes, siempre que quieran recibir la tutela; y aún están obligados á ser tutores, si se les encarga la tutela de los hijos de un colega ó clérigo, con tal que posean bienes raízes, ó den fianzas. Se escusa tambien 6° *el marido de la curaduría de su mujer menor de edad, L. 2. C. Qui dari tut. L. 14. C. De cur. furios ;* porque habia peligro de que el marido interpusiese muchas vezes su autoridad en una cosa suya, y de que con halagos persuadiese á su mujer muchas cosas que pudieran causarle perjuício.

§. CCXCVI. Todas las causas de que hasta aquí hemos hecho mencion, son comunes á la tutela y á la curaduría, puesto que de ambas se puede cualquiera escusar por ellas. Pero en especial pertenece á la curaduría el haber uno sido ántes tutor de un pupilo, pues entónces no está obligado á ser curador hasta la mayor edad, porque no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos, *L. 5. C. h. t.* (1) No obstante hai aquí una escepcion, y es en el liberto, el cual nombrado tutor por el patrono, está obligado á encargarse tambien de la tutela, *L. 5. C. h. t.*; porque era tanto el afecto y veneracion que los antignos exigian de un liberto, que creian que ninguna carga podia este recibir bastante pesada en reconocimiento á la libertad que debia á su patrono, como que era una cosa inestimable.

§. CCXCVII y CCXCVIII. Hasta aquí hemos hablado de

(1) En España, en consideracion á ser mui gravoso el cargo de la tutela, con ede á los tutores la *L. 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero real* la décima parte de los frutos ó réditos procedentes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en su obra *De decima tutori hispano jure præstanda*, y á Juan Gutiérrez, *De tutel. Part. 3.*

las causas de escusarse; resta ahora ver el *modo* con que se suelen proponer, acerca de lo cual debe observarse, 1 que ántes que se opongan, son tutores los nombrados, y por tanto desde aquel dia hasta el tiempo de la sentencia, á no ser absueltos, son responsables del pupilo y de sus cosas, *L. 31. ff. h. t. L. 1. C. Si tut. vel. cur. fals. all.* Porque no pudiendo preverse si las escusas alegadas serán ó no atendibles, está puesto en razon que miéntras tanto sean reputados por tutores, hasta que aparezca si sus causas son aprobadas ó desechadas por sentencia. Si pues es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el tutor nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de ctro le ocasione daños y perjuícios; esponiendo las causas que tiene para escusarse, y añadiendo la protesta de que si se encarga de la administracion, no es con ánimo de sufrir la tutela, sino con la intencion de hacer valer sus escusas. 2° Observamos que las escusas se oponen como escepciones. De manera que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas, despues de la litis-contestacion, *L. 5. L. 8. De excep.;* así tambien todas las causas de escusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo, *L. 13. §. 8. h. t.* 3° Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda exponer en Roma estas causas, §. 16. *Inst. h. t.* 4° Observamos por último, que el tutor que piensa escusarse, no debe apelar al juez superior, sino oponer al instante sus causas ante el mismo magistrado que le nombró, § 16. *Inst. L. 1. §. 2, ff. h. t.*; y esto es mui justo, porque 1° no hai lugar á apelacion ántes que se reciba gravámen, y no lo causa el magistrado cuando

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse; y 2° siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desechare nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas respecto de las cuales los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion, *L.* 1. §. 2. *ff. Quando ad opell.*

§. CCXCIX. [El artículo 15 del decreto de 17 de febrero de 1834 derogó la escusa que competia al que tuviera doce ó mas yeguas de vientre, con arreglo á la *L.* 3. *tit.* 29. *lib.* 7. *Nov. Rec. n°* 4].

TÍTULO XXVI

DE LA REMOCION DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

§. CCC. Este último título tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las escusas (. 262.). Á este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *el crímen del tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos esplicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que *la accion suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien ántes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela; *la accion tutelæ* solamente acabada ya la tutela, y no dadas aún las cuentas; *la accion de distrahendis rationibùs,* dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando pues de la primera accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, 1° qué cosa sea tutor sospechoso y crímen de sospechoso §. 301. sig; 2° quiénes entablan esta accion, §. 303. sig.; 3° contra quiénes puede entablarse, § 305; 4° para qué se entabla, §. 306, 307.; y 5° cómo cesa esta accion. §. 308.

§. CCCI y CCCII. 1° Se pregunta, qué tutores se llaman sospechosos? qué es crímen de sospechoso? *Sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con qué pagar, ya no tengan, § 5. *Inst. h. t.* Porque al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sujeto es hombre de bien y diligente, así tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un tutor rico no es sospechoso, porque aún cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirlos fácilmente. Pero los jurisconsultos raciocinan de otro modo, á saber, *que es mas útil conservar desde el principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño,* segun se dice acertadamente en la *L. ult. C. In quibus causs. rest. in integr. non est neg.* De aquí es fácil inferir, qué cosa sea *crímen de sospechoso*: es la acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para que sea removido, y á vezes para que se le imponga una pena estraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor, que se considere debe ser castigado con pena *corporis afflictiva,* ó con el último suplicio, v. gr. *si armare asechanzas á la vida del pupilo*; de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb. c.* 9. Esta acusasacion de los tutores sospechosos se deriva de las leyes de las XII Tablas, *L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Justinian. *pr. Inst. h. t.* Véase á *Jac. Gotofred. Tab. VII.*, quien cree que la lei

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse; y 2° siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desechare nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas respecto de las cuales los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion, *L.* 1. §. 2. *ff. Quando ad opell.*

§. CCXCIX. [El artículo 15 del decreto de 17 de febrero de 1834 derogó la escusa que competia al que tuviera doce ó mas yeguas de vientre, con arreglo á la *L.* 3. *tit.* 29. *lib.* 7. *Nov. Rec. n°* 4].

TÍTULO XXVI

DE LA REMOCION DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

§. CCC. Este último título tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las escusas (. 262.). Á este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *el crímen del tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos esplicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que *la accion suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien ántes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela; *la accion tutelæ* solamente acabada ya la tutela, y no dadas aún las cuentas; *la accion de distrahendis rationibùs,* dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando pues de la primera accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, 1° qué cosa sea tutor sospechoso y crímen de sospechoso §. 301. sig; 2° quiénes entablan esta accion, §. 303. sig.; 3° contra quiénes puede entablarse, § 305; 4° para qué se entabla, §. 306, 307.; y 5° cómo cesa esta accion. §. 308.

§. CCCI y CCCII. 1° Se pregunta, qué tutores se llaman sospechosos? qué es crímen de sospechoso? *Sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con qué pagar, ya no tengan, § 5. *Inst. h. t.* Porque al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sujeto es hombre de bien y diligente, así tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un tutor rico no es sospechoso, porque aún cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirlos fácilmente. Pero los jurisconsultos raciocinan de otro modo, á saber, *que es mas útil conservar desde el principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño,* segun se dice acertadamente en la *L. ult. C. In quibus causs. rest. in integr. non est neg.* De aquí es fácil inferir, qué cosa sea *crímen de sospechoso*: es la acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para que sea removido, y á vezes para que se le imponga una pena estraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor, que se considere debe ser castigado con pena *corporis afflictiva,* ó con el último suplicio, v. gr. *si armare asechanzas á la vida del pupilo*; de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb. c.* 9. Esta acusasacion de los tutores sospechosos se deriva de las leyes de las XII Tablas, *L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Justinian. *pr. Inst. h. t.* Véase á *Jac. Gotofred. Tab. VII.*, quien cree que la lei

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

decenviral estaba concebida en estos términos : *si tutor dolo malo gerat, vituperato*; *quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito*; de cuya primera parte dice se deriva el crímen de sospechoso, así como de la segunda la accion *de distrahendis rationibus*.

§. CCCIII y CCCIV. 2º Ahora ya responderemos fácilmente á la otra pregunta de, quién es el que puede acusar al tutor sospechoso? Siendo esta acusacion cuasi pública, segun hemos visto en la definicion, deberá ser permitido á cualquiera entablar la acusacion de que se trata, pues no se dice cuasi pública en la *L.* 1. §. 6. *ff. h. t.*, porque se trate aquí del órden y disciplina pública (puesto que la malicia de un tutor, no tanto daña á la seguridad pública, como á la hacienda del pupilo, y por lo mismo pertenece á las causas privadas), ni tampoco tiene este nombre, porque con motivo del crímen de sospechoso se instituya un juicio público y criminal (puesto que dicha acusacion se entabla ante el pretor, el cual no gozaba de mero imperio, sino solamente de jurisdiccion civil); si se llama cuasi pública, es porque cualquiera del pueblo, aunque parezca no importarle, podia mui bien instituir esta acusacion, §. 3. *Inst. h. t.* Y por eso no se dice que sea verdaderamente pública, sino *cuasi pública*, así como en nuestro Derecho hai *cuasi contratos, cuasi delitos, cuasi posesiones, cuasi tradiciones*; locuciones que, segun manifestámos en nuestros *Elementos* (nota al §. 303.), vienen todas de los estoicos, que usaban con frecuencia de la particula *quasi*. Por consiguiente pueden acusar al tutor sospechoso todos, aún aquellos que no tienen interes inmediato, por considerarse que importa á la república que los bienes del pupilo no sean perjudicados: y tambien pueden acusar las mujeres, aunque generalmente no puedan demandar por otros, ni acusar, segun la *L.* 2. *ff. De R. J.*, y la *L.* 1. *L.* 2. *De accus.* Pero el favor del pupilo deroga esta regla, con tal que la mujer acusadora no traspase el pudor del sexo, §. 8, *Inst. h. t.* Y debe observarse, que ciertas personas están obligadas á acusar á los tutores sospechosos, tanto, que si no lo hacen, se las considera dignas de castigo. Tales son los *contutores*, los cuales, si no acusan al tutor que administra mal, sufren todo el daño, *L.* 3. *pr. h. t.*; los *libertos*, á quienes la veneracion á su patrono debia escitar á que no permitiesen que el tutor se enriqueciera á costa de los bienes de los hijos del patrono, *L.* 3. §. 1. *eod.*; y las personas allegadas, especialmente la *madre*. Sin embargo no puede acusar el mismo pupilo, porque los impúberes no pueden presentarse en juicio, ni acusar por sí ni por otros, ni aún pueden los púberes, siendo menores de diez y siete años, *L.* 1. §. 3. *ff. De postul.* Mas si han cumplido esta edad, entónces pueden mui bien acusar á los curadores, con tal que lo hagan aconsejados de sus parientes, *L.* 7. *pr. ff.* § 4. *Inst. h. t.* Finalmente tambien el *magistrado* puede inquirir de oficio contra los tutores sospechosos, aunque nadie acuse: lo cual solo se verifica en este caso singular, pues entre los romanos si el magistrado inquiria á vezes de oficio, solo era contra los delitos y crímenes públicos, no en utilidad de un particular, *L.* 3. §. 4. *ff. De offic. præsid.*

§. CCCV. Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos : vamos ahora á esplicar, quiénes pueden ser acusados. 3º Segun la definicion del §. 301, respondemos que pueden serlo todos los que no desempeñan con fidelidad la tutela, bien sean testamentarios, legítimos ó dativos. No importa que el sospechoso ofrezca fianzas, por la razon alegada arriba (§. 301), de que es mejor conservar íntegros los derechos desde el principio, que buscar el remedio despues de causado el mal

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

L. 5. L. 6. *ff.* h. *t.* No obstante, aunque esto sea cierto, los tutores legítimos no son fácilmente removidos; porque siendo próximos agnados ó cognados de los pupilos, y recayendo sobre los removidos la nota de infamia, esta nota redundaria entónces en cierto modo contra el mismo pupilo; v. gr. si se declarase infame á su madre ó tio paterno, ú otro próximo agnado Por eso se suele tener consideracion á la sangre, y no se remueve fácilmente al tutor legítimo, sino que se le junta un curador que administre la tutela, L. 9. *ff.* *h.* *t.* De esta manera sucede que el tutor no puede á su antojo usurpar los bienes del pupilo, y sin embargo conserva íntegra su fama y estimacion.

§. CCCVI y CCCVII. Dejamos tambien visto contra quién se entabla esta acusacion. Ahora toca decir, 4° para qué se entabla. Atendiendo á nuestra definicion (§. 301), respondemos, que ordinariamente se entabla para la remocion, y estraordinariamente para un castigo extraordinario, á saber, cuando la malicia del tutor aparece criminal. Hablemos de ambos casos. Se da (a) *ordinariamente* para la remocion, y se observa este órden : (*a*) al instante que se entabla esta accusacion, se separa de la administracion al tutor; que es lo que los pragmáticos llaman *suspension*. Luego no se le *remueve* incontinenti (pues esta es la pena, por la cual no debe empezarse), sino que se le *suspende*, esto es, se le priva de la administracion, para que miéntras se sigue el pleito, no defraude mas los bienes del pupilo, §. 7. *Inst.* *h.* *t.* Despues (*b*) sigue el conocimiento de la causa, por el cual aparece, ó que el tutor ne se ha portado mal, en cuyo caso se levanta la suspension ó entredicho, y el tutor es absuelto, quedándole salva su accion contra el que le acusó calumniosamente; ó que no ha obrado con fidelidad, y entónces es enteramente

removido, ó con infamia, ó sin ella. *Con infamia*, si es condenado por dolo ó culpa lata, §. 6. *Inst* *L.* *ult.* *C.* *L.* 7. §. 2. *ff.* *h.* *t.*; pues la culpa lata, en estos casos siempre se tiene por dolo, *L.* 226 *ff* *De V. S.*, lo mismo que en las causas famosas, *L.* 11. §. *ult.* *ff.* *De his qui not.* *infam.*, y en esta causa. d. *L.* 7. §. 1. *ff.* *h.* *t.*; y *sin infamia*, si solo es removido por culpa leve, *L.* 3. §. *ult.* *ff.* *h.* *t.* Á vezes no se descubre en el tutor ni dolo, ni culpa, sino contumazia ; y entónces no es removido ni notado de infame, sino que el pupilo es puesto en posesion de sus bienes; v. gr. si no señala alimentos al pupilo, *L.* 13. §. 14. *L.* 7. §. 1. *ff.* *h.* *t.* Este es el modo ordinario de proceder. Algunas vezes (b) es castigado el tutor *estraordinariamente*, si aparece que usó de malicia mui vituperable; por ejemplo, si el tutor fuere liberto, y sin embargo no desempeñase con fidelidad la tutela, pues agrava su delito la ingratitud con su patrono. Otro tanto sucede, si, v. gr., aparece que el tutor armó asechanzas á la vida del pupilo; de lo cual hemos dicho que se lee un ejemplo en Sueton. *Galb.* *c.* 9. Por lo demas en todos estos casos se dice que el pretor debe remitir el tutor al prefecto de la ciudad para que le castigue, *L.* 1 §. *ult.* *ff.* y §. 10, 11. *Inst.* *h.* *t.* La razon es clara; porque no ejerciendo el pretor mas que la jurisdiccion civil, y no el mero imperio que pertenecia al prefecto de la ciudad, *L.* 1. *ff.* *De offic.* *præf.* *urb.*, era consiguiente que el tutor fuese remitido por el pretor al prefecto de la ciudad, que era el único que podia castigar á los facinerosos. Esto en cuanto al modo de proceder.

De paso notaremos que lo espuesto acerca de la suspension, tambien tiene lugar en otras causas; pues siempre que se entabla acusacion criminal contra uno que desempeña un oficio público, especialmente eclesiástico, se suele incontinenti snspenderle del oficio, hasta tanto

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que demuestre su inocencia; porque pareceria escandaloso que, v. gr. un ministro del altar se mezclase en las cosas sagradas, miéntras se estuviera inquiriendo contra él por adulterio ú otro delito de esta clase. Decimos que al momento se le suspende del oficio, pues hai dos clases de suspension; *ó del oficio*, cuando uno retiene el sueldo, pero está inhibido de desempeñar el oficio: *ó del beneficio*, si entre tanto es tambien privado del salario. Aquella tiene lugar por entablarse acusacion ó inquisicion, y de consiguiente por la sola sospecha de delito; pero esta se impone en castigo, si el delito no está tan probado, que deba la persona ser enteramente privada del oficio público que ejerce.

§ CCCVIII. Sigue 5° el punto de cuándo cesa ó acaba la acusacion. Siendo infamatoria, se restringe en cierto modo, y cesa enteramente en algunos casos. Así es que espira 1° *por la muerte del reo*, con tal que aún no esté pronunciada la sentencia, § 8. *Inst. h. t. L. pen. ff. h. t.* La razon es, porque este juicio se da para la remocion con infamia, y de consiguiente para una pena; y un muerto no puede ser removido, ni infamado, ni castigado. Pudiera objetar alguno que importa al pupilo, se le resarza el daño causado por el tutor muerto. Pero se responde, que puede pedir su restitucion por *la accion tutelæ*, que en el §. 284 y sig. manifestámos darse subsidiariamente contra los herederos del tutor, sus fiadores y los herederos de estos. Luego bastante se ha atendido á los intereses del pupilo, para que no sea necesario continuar tambien la acusacion contra un muerto. 2° *Acabada la tutela ántes de la sentencia*; porque cómo puede ser removido con infamia de la tutela uno que ya dejó de ser tutor? *L. pen. ff. L. 1. §. 8. C. Inst. h. t.* Sin embargo no por eso se prohibe al pupilo el que acabada la tutela, entable contra este hombre *la accion tutelæ*, para que resarza todos los daños causados por

dolo ó por culpa, aunque sea leve, pues en el §. 263. queda ya bastante esplicado que esta accion compete despues de concluída la tutela.

§. CCCIX. [El Derecho español admite la misma doctrina que el romano en la *L. 1. tit. 18. Part. 6.*, especificando ademas las razones siguientes, por las que el tutor puede ser removido: 1ª si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano ó hubiese procurado mal los bienes de él. 2ª Si le hubiese mostrado malas maneras. 3ª Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. 4ª Si dijese delante del juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira. 5ª Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. 6ª Si no le emparase á él y á sus bienes en juicio ó fuera de juicio. 7ª Si se escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado por guardador del huérfano.]

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO.

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

§. CCCX, CCCXI y CCCXII. Concluído el primer objeto de la jurisprudencia, en el cual se han considerado los *derechos de las personas*, síguese el segundo que trata de los *derechos de las cosas;* pero ántes de esponer sus varias divisiones, esplicaremos qué entendian los jurisconsultos romanos por *cosa*.

Los jurisconsultos distinguen las palabras *cosa* y *bienes*, tomando aquella latamente, y esta en un sentido mas estricto. Se llaman *cosas* todas las que existen y pueden prestar al hombre alguna utilidad, ya estén en su patrimonio ó fuera de él. Así, por ejemplo, el agua, el aire el mar son cosas, aunque no están en el patrimonio, de nadie. Al contrario las que forman nuestro patrimonio se llaman *bienes* (en latin *pecunia*), *L.* 5. *pr. ff. De V. S.*; de suerte que en esta palabra no solo comprendian los jurisconsultos el dinero sino todo lo que compone el caudal del hombre, como siervos, rebaños, campos y predios. Así en las XII Tablas se decia: *Téngase por lei lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes* (pecunia), *ó de la tutela de sus hijos*. Y san Agustin, *De doctrina christiana, c.* 6. *p.* 585. *tom.* 6°. de sus obras,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dice: *Todo lo que poseen los hombres, aquello de que son dueños, se llama dinero, ora sea un esclavo, ora un vaso, un campo, un árbol, ó un ganado; cualquiera de estas cosas se llama dinero.* La razon de esta denominacion jurídica, es porque la mayor parte de las riquezas de los antiguos consistian en rebaños y bestias de carga; derivándose de la voz latina *pecudes*, muchos vocablos, que significan riqueza, como *pecunia*, *peculium*, *peculatus*.

§. CCCXIII. Ahora se entenderá fácilmente la primera division de las cosas. Unas son de *Derecho divino*, y otras de *Derecho humano*, porque si bien aquellas no están en el patrimonio de nadie, sin embargo, como existen y sirven de utilidad á los hombres, se llaman *cosas*, no bienes. Las cosas de *Derecho divino* son las que, por decirlo así, se han esceptuado del dominio de los hombres, atribuyéndolas y dedicándolas á Dios. Así lo entendieron los gentiles y los cristianos en tiempo de Justiniano; como si Dios si no fuese señor de todas las cosas. Las de *Derecho humano* son las que están en el dominio y comercio de los hombres, como los campos, predios, animales. etc. Las cosas de *Derecho divino* se subdividen en *sagradas*, *religiosas* y *santas*. Pero las cosas santas, dice la *L. 1. pr., ff. h. t.*, solo pueden llamarse de Derecho divino *bajo cierto aspecto*, porque las murallas y puertas de las ciudades eran cosas santas, como luego lo veremos; y ¿quién negará que las murallas y puertas de las ciudades estaban en el dominio de la república? Sin embargo, como estaban dedicadas á los dioses y á los héroes, se decia que *en cierto modo* eran de Derecho divino. Cualquiera advertirá en las siguientes definiciones, que estas primeras divisiones se resienten de la supersticion pagana, y no obstante las conservó Justiniano, emperador cristiano; lo que prueba que ya en aquel tiempo, á saber, en el siglo VI, empezaban los cristianos á adoptar muchas cosas del

paganismo, como lo demostró con multitud de argumentos Kaestnero, jurisconsulto de Rintlen, en su elegante disertacion *De la jurisprudencia paganizante.*

§. CCCXIV. Vamos á tratar de cada uno de los miembros de la division anterior. Llamaban *sagradas* las cosas consagradas públicamente por los pontífices ó el príncipe á los dioses superiores, §. 9. *Inst. L* 6. §. 3. *L.* 9. §. 3. *pr. seq. ff. h. t.* (1) Para esto se requeria, 1° *la consagracion*, que se hacia con los muchos ritos y ceremonias que hemos descrito en las *Ant. rom. h. t.*; pues los romanos creian que los dioses habitaban verdaderamente en sus templos, y así los llamaban con varios ritos y sacrificios, y en cierta manera los encerraban en ellos: 2° que la consagracion se hiciese *públicamente*. Porque todas las naciones antiguas cuidaban sobremanera de que no se introdujesen en la ciudad las cosas sagradas de los estranjeros: lo que fácilmente podria suceder, si á cada particular se le permitia establecerse sus cosas sagradas. En Cornelio Nepote se ve que los Atenienses cargaron de maldiciones á Alcibiades, y le desterraron, porque se decia que celebraba misterios, esto es, que hacia á su arbitrio algunas cosas sagradas. Tambien dieron á Sócrates á beber la cicuta por haber sido acusado de que no tenia los mismos dioses que la ciudad, sino otros, segun Diógenes Laercio. Y entre los romanos se observó lo mismo con sumo rigor, como la manifiesta el ejemplo de los sacrificios bacanales, que introducidos privadamente, llevaron al suplicio á millares de personas, segun refieren prolijamente Liv. *lib.* 38. *c.* 8. *seq.*, y Bynkershoeck en el opúsculo *De religione peregrina.* Por tanto las cosas sa-

(1) Por sagradas entendemos nosotros las cosas destinadas al culto público de Dios, como iglesias, altares, cruzes, cálizes, incensarios, mentos, etc., consagrados por los obispos.

gradas se deben consagrar públicamente, esto es, con autoridad pública, pues aunque los romanos tenian privadamente en sus casas los dioses Penates y Lares, á los que dedicaban dentro de sus mismos edificios aras, simulacros, hogueras y sacrificios, sin embargo no se constituían con autoridad privada, sino con la de los pontífices: así una cosa consagrada privadamente era profana, y no sagrada, *L.* 6. §. 3. *ff. h. t.* 3º La consagracion debia hacerse por los *pontífices*, ó por el *príncipe*, que entre los romanos era el pontífice máximo. Los emperadores retuvieron esta dignidad, para dirigir mas fácilmente las cosa sagradas en provecho suyo, y contener al pueblo con el ausilio de la religion en los límites de sus deberes; y hé aquí la razon por que los emperadores cristianos, como Constantino el Grande, Graciano y otros añadieron este título á sus nombres. Sobre este asunto versan las disertaciones de Jac. Gotofredo y Juan And. Bosio *De pontificatu maximo imperatorum christianorum*; la del último se halla reimpresa en el *Tesoro de ant. rom.* de Grevio. 4º Por último las cosas sagradas se debian consagrar á los *dioses mayores*, ó celestes, Jupiter, Mercurio, Vénus, Juno, etc. Las *santas* se acostumbraban consagrar á los *menores*. es decir, á los héroes y genios; y las *religiosas*, á los dioses Manes ó infernales.

§. CCCXV. Vistas las definiciones de las cosas sagradas, síguese el tratar de los derechos de las mismas. Infieren los jurisconsultos 1º que las cosas sagradas no pertenecen á nadie, *L. 1. pr. L.* 6. § 2. *h. t.* (1), pues

(1) « Toda cosa sagrada, ó religiosa, ó santa, que es establecida á « servicio de Dios, non es en poder de ningund ome el señorío della, « nin puede ser contada entre sus bienes; é magüer los clérigos las « tengan en su poder, non han señorío dellas, mas tiénenlas así como « guardadores é servidores. » *L.* 12. *tit.* 28. *Part.* 3.

por la consagracion se eximian las cosas del dominio de los hombres, y se atribuían á Dios como en propiedad. Por esto fué singular la estratagema de P. Clodio, turbulento tribuno de la plebe, que dió una lei, para que se consagrase á Minerva la casa de Ciceron, que estaba desterrado; con lo que lograba que de ningun modo pudiese este recuperarla, porque salia del dominio de todos los hombres, y era ocupada por la religion. Véase á Ciceron, *Orat. pro domo.* 2º Las cosas sagradas no tienen estimacion, ni pueden obligarse, ni enajenarse, *L.* 9. § 5 *ff. h. t.*(1), porque no puede estimars lo que no está en el comercio, como el aire, aunque mui saludable á los hombres; y lo que no recibe estimacion, no puede hipotecarse, venderse, ni enajenarse por ningun otro título, como el mismo ejemplo del aire lo manifiesta. 3º Los lugares permanecen sagrados, aún destruídos los edificios, *L.* 6. §. 3. *ff. eod.*, de que hai ejemplo en Plinio, *l. X. Ep.* 76. La razon era, porque se creía que la religion ocupaba el mismo lugar y la área; sin embargo se esceptuaban dos casos; 1º si la ciudad era tomada por los enemigos. pues entónces creían los antiguos que los dioses salian de la ciudad ántes que esta pereciese; 2º y si eran invocados los dioses para que dejasen sus lugares *L.* 9. *ff. h. t.*; lo que solian hacer los enemigos, cuando sitiaban una ciudad, y tambien los que disponian á Dios un nuevo templo que ya otro Dios habia ocupado. En Macrob. *Saturn l. III c.* 8., y Jac. Revardo en los *Conjectan. l. II, c.* 17. se hallan muchas noticias acerca de los ritos supersticiosos con que se hacia la invocacion. Mas los emperadores cristianos

(1) Lo mismo dispone con rigor nuestro Derecho. Véanse las *leyes* 5. y 6. *tit.* 5. *lib* 1. *del Fuero real*, *L.* 10. *tit.* 1. *lib.* 1, *L.* 1. *tit.* 2. *lib.* 1, *L.* 2. *tit.* 2. *lib.* 1, *L.* 3. *tit.* 5. *lib.* 1, *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 1. *de la Nov. Recop.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

moderaron el rigor que en este punto habia establecido el Derecho romano, concediendo que pudiesen enajenarse las cosas sagradas, para redimir los cautivos que se hallasen en poder de los bárbaros, § 8 *Ins. h. t. Nov. CXX. c.* 9; para alimentar á los pobres en tiempo de miseria pública, *L.* 25. *C. De SS. eccl.*, y para pagar las deudas de la iglesia, *Nov. CXX. c.* 10.

§. CCCXVI. Llegamos á las *cosas religiosas*, las cuales no eran mas que los sepulcros dedicados á los dioses Manes. Habia gran diferencia entre ellas y las *sagradas*, pues estas se hacian con autoridad pública, aquellas por el hecho privado de cualquiera, á saber, echando un cadáver en terreno propio. Estas se consagraban; aquellas sin consagrarse, se decia que las ocupaba la religion. Estas eran dedicadas á los dioses superiores, aquellas á los dioses Manes ó infernales. Se requeria pues, 1° la colocacion del cadáver humano, libre ó siervo; 2° que fuese el terreno propio. Si uno pues sepultaba un cadáver en sitio ajeno ó público, no se hacia religioso, y el cadáver debia desenterrarse, *L.* 2. §. 4. *ff. h. t.* 3° Que el lugar fuese *puro*, esto es, que no lo hubiese ocupado ya la religion con otro cadáver, pues donde yacia uno, no podia hacerse el lugar religioso, siéndolo ántes.

§. CCCXVII. Con esta definicion se entenderán fácilmente los derechos de los lugares religiosos, coligiendo de ella los jurisconsultos, 1° que el cenotafio no es lugar religioso, *L.* 12. *ff. De religios. funct. L.* 6. §. *ult. ff. h. t.*; porque es un sepulcro de honor, vacío de cadáver, como el de Druso, que se halló en Maguncia, y el de Cayo y Lucio Césares, en Pisa; y como el lugar se hace religioso por la introduccion del cadáver (§. 316), se sigue que el cenotafio no es religioso. Aunque eran de contrario parecer los jurisconsultos antiguos, apoyados en la autoridad de Virgilio, *lib.* 6. *Æneid. v.* 150., se

decidió el punto por rescripto de los emperados Antonino el Filósofo, y L. Vero, que suelen llamarse en nuestro Derecho *Divi Fratres*, *L.* 7. *ff. h. t.* 2° Los sepulcros están esentos del comercio de los hombres, *L.* 12. §. 1. *ff. De relig.*, *L.* 14. *C. De legat.*, pues estaban consagrados á los dioses Manes. Alguno objetará que los sepulcros podian ser legados, venderse, *L.* 14. *C. De leg.*, y aún eran familiares y hereditarios, y por tanto estaban en patrimonio de las familias. *L.* 5. *L.* 6. *ff. De religios.* Pero respondo, que debe distinguirse entre el derecho de sepultar, y el sepulcro mismo. Aquel entraba en los bienes, y así podia legarse, venderse, y quedar en la familia, ó pasar á los herederos; el sepulcro no estaba en dominio de ninguno, y de tal modo se creía que lo ocupaba la religion, que hasta ciertos pasos de distancia no podia sembrarse ni cultivarse el campo. Véanse nuestras *Ant. rom. h. t.* 3° Es ocupado el lugar por la religion, con tal que esté sepultada allí la cabeza, como principal parte del hombre, *L.* 44. *ff. De relig.* Por tanto, si hecho pedazos el cadáver, fuese enterrado en varios parajes, solo seria sagrado aquel en donde estuviese la cabeza. La razon que se da, es que por la cabeza se conoce el hombre, y se distingue de los demas; pero tambien esto huele á supersticion, y debió haberse omitido por los cristianos en el Cuerpo del Derecho (1).

§, CCCXVIII y CCCXIX. Venimos á las *cosas santas*, que se toman en dos sentidos. Ó se llaman así de *sanciendo ó sanctione*, ya porque están acompañadas de

(1) En España, aunque la *L.* 1. *tit.* 28. *Part.* 3. llame lugar religioso aquel en que está sepultado el cuerpo ó la cabeza de un hombre, no obstante no es reputado por religioso sino el que consagra ó bendice el obispo, ni es lícito sepultar en otra parte los cuerpos de los fieles; en lo cual seguimos lo establecido por Derecho canónico.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sancion penal, *L.* 8. *pr. h. t.*, y se juzga dignos de castigo á los que las violan; ya porque están dedicadas á los genios, héroes ó dioses menores, cuales eran Rómulo, Hércules, y otros hombres, que eran contados entre los dioses, *Cuper. Observat. III.* 16. En el primer sentido eran santos, ó por mejor decir, sacrosantos los tribunos de la plebe, porque nadie podia ponerles las manos, ni injuriarlos, *Liv. l.* 2. *c.* 32; tanto que el que les hacia la mas leve injuria, corria riesgo de perder la cabeza. En el último sentido eran santas las fortificaciones y murallas, as que acostumbraban á circundar con un arado, como arriba hemos dicho, y no era permitido repararlas, ni edificar en ellas sin consentimiento del príncipe, *L.* 9. §. *ff. h. t.* Las cosas dedicadas á los dioses no estaban al arbitrio de los particulares, y todas las obras debian hacerse en ellas por mandado de los pontífices ó del príncipe, como pontífice máximo. Pero los muros eran ademas santos en el primer sentido, gozando de sancion penal, tanto que el que los violaba, pasaba ó se atrevia á hacer otra cosa en ellos, era condenado á muerte. Trae orígen este derecho de lo que refiere la *L. ult. ff. h. t.*, de la cual consta que Rómulo mató á su hermano Remo, porque este habia saltado la estrecha trinchera que cercaba á Roma, mofándose de ella; de cuya maldad trató Flor. *l.* 1. *c.* 1. Así que Remo fué la primera víctima que consagró con su sangre las fortificaciones de la nueva ciudad, esto es, el primero que sufrió la pena capital, por haber violado los muros de Roma, y dió ocasion para que aquellos se hiciesen santos y se publicase la ley que condenaba á muerte á los que la infringiesen. Al matarle Rómulo, pronunció estas palabras: *sic deinde quicumque alius transiliet mœnia mea;* así morirá en adelante todo el que salte mis murallas, como lo refiere Livio *lib. VII* Desde este tiempo se hicieron tan santas é inviolables las murallas, que hasta las yerbas que nacian en sus esplanadas, representaban la santidad é inviolabilidad, *L.* 8. § *ff. h. t.*, y como tales las llevaban, igualmente que la verbena, los legados ó feciales que se enviaban á los enemigos, *Liv. l. I. c.* 24. Debe advertirse ademas, que esta santidad no era solo propia de las fortificaciones romanas, sino tambien de las de otros municipios, de suerte que peligraba la vida del que las violaba, *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.*; así como la del que saltaba las líneas de circunvalacion de los reales ó campamentos, ó los violaba de otro modo, *L.* 3, 17. *ff. h. t.* (1).

§. CCCXX, CCCXXI y CCCXXII. Hemos visto el Derecho romano acerca de las cosas sagradas, religiosas y santas, revestido de la supersticion. Sin embargo no dudaron los cristianos en conservar gran parte de aquellos derechos, lo que es de admirar; y por eso se hallan referidos por Justiniano en el Cuerpo del Derecho, aunque profesaba la religion cristiana. Con efecto, cuando Constantino el Grande abrazó la Religion cristiana, comenzó á levantar magníficos templos y á consagrarlos con muchas ceremonias; costumbre que conservaron sus sucesores, y en el siglo VI el mismo Justiniano consagró de igual modo el templo de santa Sofía en Constantinopla.

1 Tambien hoi dia hai *cosas sagradas*, como templos, vasos sagrados etc., los cuales entre los católicos romanos se llaman así por la consagracion, y entre los protestantes por el destino y uso que tienen, que es celebrar el culto divino. 2° Se distinguen de ellas las *cosas eclesiásticas* que no sirven al culto divino inmediata, sino mediatamente, como el erario eclesiástico, los campos, los predios pertenecientes á iglesias ó monasterios. Porque aunque con ellos no veneramos á Dios inmediatemente, sin embargo, como reditúan para pagar el salario á los mi-

(1) Sobre las cosas santas véanse las *leyes* 15. y 16. *tit.* 28. *Part.* 3.

nistros de la Iglesia, se consideran destinados mediatamente al servicio de Dios. Por esto se enajenan con facilidad, ó como dicen los canonistas, se secularizan, (a) si conviene á la Iglesia, *L.* 11. §. 5. *L.* 17. §. 1. *C. De SS. eccles;* (b) si média decreto del obispo. ó entre nosotros del sumo imperante ó magistrádo. Pero considerándose los cuerpos piadósos, iglesias, hospitales de huérfanos y de peregrinos como menores, por estar constituídos bajo el cuidado y administracion perpetua de otros, no pueden enajenarse sus bienes raízes sin conocimiento de causa y decreto de sus superiores, porque tambien se requiere lo mismo en los bienes raízes de los pupilos y menores, *L.* 1. § 2. *ff. De rebus eor. qui sub. tut. vel cur. sunt non alien.* 3° Los católicos romanos reputan los sepulcros y cementerios como religiosos, porque se rocían con agua bendita, *Lancellot. Inst. jur. can. l.* 2 *tít.* 17; pero los protestantes, que se apartan de este rito, no los tienen por religiosos, sino por *santos*, esto es, inviolables; y así castigan al que se atreve á desenterrar los cuerpos, despojarlos, ó tratarlos de algun modo poco respetuoso. 4° Entre nosotros son muchas las cosas *santas*, es decir, acompañadas de sancion penal; así es que no se permite violar de ningun modo los templos, tribunales, edificios públicos, cementerios, las calzadas, caminos públicos etc.; y los muros son tambien santos en cuanto no sufrimos que se violen. No obstante no pertenecen á nadie en particular, pues son del dominio de la república, 4. *feud.* 56. Al paso debe advertirse, que semejante á aquel Derecho romano existe uno en los palacios de los príncipes, que bárbara é impropiamente llaman *residencias*, habiéndose establecido en todas partes que si alguno saca allí la espada, ó da á otro una bofetada, ó salta la barrera ó trinchera, pierde la cabeza ó la mano; lo cual llaman *Pax castri*. Véase la elegante disertacion de Estryckio, *De sanctitate residentiarum principum*.

§. CCCXXIII y CCCXXIV. Hasta aquí se ha hablado de las cosas de *Derecho divino*. Siguen las de *Derecho humano*, que suelen dividirse en *comunes, públicas, propias de un pueblo ó corporacion*, y *de personas particulares*, *L.* 2. *pr. ff. h. t.* Para entender bien esta division, debe tenerse presente que proviene de la filosofía estoica, á la que se dedicaban mucho los jurisconsultos romanos. Es de saber que los estoicos fingian que habia tres repúblicas; una *máxima ó mui grande* de todo el género humano, en la que gobernaban los dioses inmortales; otra *grande* de cada una de las naciones, en la que dominaban los sabios y príncipes; y la tercera *pequeña*, la que se observa en los municipios, ciudades y colegios, pues aún las mas pequeñas corporaciones presentan la imágen de las grandes sociedades. Como no puede concebirse una república sin bienes ó cosas constituídas en su dominio, cada una de ellas tiene sus cosas ó bienes propios. Los de la máxima república del género humano se llaman *cosas comunes*, como son todas las de un uso inagotable, v. gr. el aire, el agua que corre, el mar etc. Los bienes de toda una nacion se llamaban *cosas públicas*; á saber, los puertos, rios etc. Y por último los de las pequeñas repúblicas ó colegios se denominaban *cosas de universidad* ó *de corporacion*, cuales eran los palacios, teatros, baños etc. De este principio de los estoicos trató eruditamente Gerh. Noodt. *Probab.* 1, 2.

§ CCCXXV y CCCXXVI. Veamos las definiciones de todas estas cosas. 1° Las *cosas comunes* son las que, en cuanto á la propiedad, no son de nadie, y por lo que hace al uso, son de todos los hombres: segun los principios de los estoicos, no están en el patrimonio de ningun particular, sino que son de todo el género humano, como el aire, el agua que corre, el mar, su costa, *L.* 2. § 1. *ff. h. t.* §. 1.

Inst. h. t. Así los jurisconsultos romanos. (1) Pero en cuanto al mar y sus costas, no está tan claro ; y disputan acerca de su imperio y dominio los eruditos, como Juan Seldeno, Hugo Grocio, Juan Bautista Burgo, Cornelio van Bynkershoeck, Jacobo Gotofredo y otros, cuyos tratados tenemos. Sin embargo puede resolverse la dificultad, distinguiendo (a) 1° entre océano y mar. Sobre aquel no se tiene imperio ni dominio, porque no puede poseerse ni retenerse. (b) 2° Entre imperio y dominio. En vano nos apropiaríamos el dominio del mar contiguo á nuestras costas ; pero nada hai que impida que ejerzamos imperio en el mar, como accesorio de la tierra, prescribamos leyes á los navegantes, exijamos tributos, condenemos al suplicio á los piratas, etc.; que es lo que todas las naciones acostumbran hacer. 2° *Cosas públicas* son las que en propiedad pertenecen al pueblo, y en el uso á cada uno de sus habitantes, como los rios, los puertos, las riberas etc. *L.* 3. *pr. ff. h. t.* (2) Pero debe observarse que no dejan de ser cosas públicas, si se niega el uso á los habitantes y se concede solamente al príncipe ó sumo imperante; bastando que el pueblo retenga el dominio, aunque permita el uso á aquel, porque cada uno puede renunciar el derecho introducido en su favor. Así hoi en la mayor parte de las naciones la pesca no pertenece á la sociedad, sino á los príncipes, ó á aquellos á quienes el sumo imperante ó el pueblo concede este derecho por fendo ó privilegio ; y no

(1) « Las cosas que comunalmente pertenecen á todas las criaturas que viven en este mundo, son estas : el aire, é las aguas de la lluvia, é la mar, é su ribera. Ca cualquier criatura que viva, puede « usar de cada una destas cosas, segund quel fuere menester. » *L.* 3. *tít.* 28. *Part.* 3.

(2) « Los rios, é los puertos, é los caminos públicos pertenecen á « todos los omes comunalmente, en tal manera que tambien pueden « usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran « é viven en aquella tierra do son. » *L.* 6. *tít.* 28. *Part.* 3.

obstante se llama propiamente cosa pública. 3° Las *cosas de universidad ó de corporacion* son las que en la propiedad pertenecen á la corporacion, y en cuanto al uso á cada uno de sus miembros, como los teatros, los gimnasios, palacios, etc. *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* (1). Decimos que el uso es de cada uno de los individuos de la asociacion ; y por tanto se puede usar de ellas sin temor de pena, no estando prohibido, *L.* 13. §. *últ. ff. De injur.*

§. CCCXXVII. De aquí se infiere fácilmente, en qué se diferencian las *cosas universitatis* ó *de corporacion*, y las *cosas patrimoniales* ó *el patrimonio* de la misma. Convienen en que unas y otras son bienes de la corporacion ; pero se diferencia en que las primeras las disfruta cada uno de los individuos, y las segundas no. Así, por ejemplo, en Roma los baños públicos que se construían á espensas del pueblo, y de los que aún existen magníficos y suntuosísimos despojos, eran cosas *universitatis*, pues aunque el dominio permanecia en toda la ciudad, usaba de ellos cada uno de los ciudadanos, pudiendo bañarse por placer y por salud. Al contrario la ciudad de Nuremberga posee un gran territorio dividido en muchas preturas ó prefecturas, y es *patrimonio* de la ciudad; porque sus habitantes no pueden usar de aquel vástisimo campo, ni coger sus

(1) « Apartadamente son del comun de cada una cibad ó villa las « fuentes, é las plazas, do facen las ferias, é los mercados, é los lu- « gares de se ayuntan á consejo, é los arenales que son en las riberas « de los rios, é los otros ejidos, é las carreras de corren los caballos « é los montes, é las déhesas, é todos los otros lugares semejantes, « destos que son establecidos, é otogardos para pro comunal de cada « cibdad, é villa, ó castillo, ó otro lugar. Ca todo ome que fuere y « morador, puede usar de todas estas cosas sobredichas, é son comu- « nales á todos, tan bien á los pobres como á los ricos. Mas los que « fuesen moradores en otro lugar, non pueden usar dellas contra volun- « tad ó defendimiento de los que morasen y. » *L.* 9. *tít.* 28. *Part.* 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

frutos, ó cobrar sus réditos, sino que la ciudad tiene el dominio y el uso de sus tierras.

§. CCCXXVIII. [La legislacion española ha adoptado la division de cosas en *comunes, públicas* y *de universidad*, con la diferencia de reputar, las primeras como comunes á todas las criaturas, y las segundas á todos los hombres, *L.* 2. *y* 3. *tít.* 28. *Part.* 3. Los príncipes se han reservado el derecho de conceder el uso de ciertas cosas públicas, cuyo derecho se mira como una de las regalías de la corona. Por lo que respecta á las cosas de universidad, ademas de lo dicho en la nota de la pág. 362, debemos advertir que hai varias cosas de universidad, cuyo dominio pertenece á una corporacion y el uso á todos los individuos de ella que paguen cierto estipendio por usarlas; y finalmente otras, cuyo uso tiene únicamente aquel á quien la corporacion se lo concede, debiendo invertirse en utilidad de la misma los réditos que ellas producen.]

§. CCCXXIX. Solo resta un miembro de la division. Hemos dicho que las cosas son comunes, ó públicas, ó de corporacion, ó de los particulares. De las tres primeras hemos hablado ya: ¿cuáles pues son las cosas privadas ó de particulares? *Las que están en el patrimonio de cada uno*, ya verdaderamente (si realmente y en la actualidad tuvieren señor), por ejemplo, las casas, los prados, los huertos, que tienen sus dueños comunmente, y por tanto están en el patrimonio de los particulares; ó ya por ficcion, siempre que finge el Derecho que las cosas están en dominio, aunque no tengan dueño. Así la herencia yacente verdaderamente y en el momento no tiene dueño, pues habiendo espirado el testador, con su muerte concluyó el dominio, y el instituído heredero no es señor hasta que adquiera la herencia por la tradicion. Luego la herencia yacente no tiene dueño, *L.* 1. *pr. ff. h. t.*; y sin embargo las leyes fingen que el difunto conserva la herencia, esto es que

es señor de ella, aunque haya dejado de serlo, *pr. Inst. De stip. serv.*; de suerte que es cosa privada y puesta en patrimonio particular por medio de una ficcion. De aquí procede que el que quita alguna cosa de la herencia, no es ladron propiamente, porque no roba *cosa ajena sin voluntad de su dueño*, siendo así que no lo tiene; no obstante, como se finge que la herencia representa la persona del difunto, del que coge algo de ella, se dice que *espila la herencia*; de cuyo crímen estraordinario hai un título particular en las Pandectas. Véase la *L.* 68. *De furt.* y *L.* 4. *Expil. heredit.*

§. CCCXXX. Faltan dos divisiones de las cosas; en cosas *mancipi* y *nec mancipi*, y en *corporales* é *incorporales*. Justiniano quitó la primera en la *L. un. C. De vet. jur. quirit. toll.*; y de la segunda se trata en el título siguiente; por lo que una y otra se podian omitir aquí. No obstante, teniendo la primera algun uso en la teoría, aunque no en el foro, diremos algo de ella, para que no se ignoren del todo estas palabras del Derecho antiguo. Se llamaban *cosas mancipi*, las que estaban *en mancipio*, esto es, en el dominio propio de los ciudadanos romanos, y que se trasferian á otro por el rito de la *mancipacion*, ó por la moneda y peso, el cual hemos descrito en otra parte (*Antiquit. roman. l.* 1. *tit.* 12. §. 6.). Cosas *nec mancipi* las que no estaban en *mancipio* ó derecho quiritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, ni se enajenaban por medio de la moneda y el peso. A la primera clase pertenecian los predios itálicos, las servidumbres de los predios rústicos, los siervos, los animales, las herencias, los hijos, las piedras preciosas; las restantes eran cosas *nec mancipi*. El que guste saber mas, puede consultar con fruto el opúsculo de Corn. van Bynkershoeck *De rebus mancipi et nec mancipi*; contra el que ha suscitado algunas dudas el gran jurisconsulto de Dresde, Christfrid.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Waechtlero *in Actis erud. Lips. suppl. tom. VII. p.* 294. Pero en asunto de antigüedades es mas fácil promover dudas que resolverlas. La doctrina de Bynkershoeck se apoya en el testimonio de Ulpiano *in Frag. tit.* 19. §. 1.

DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO DE LAS COSAS.

§. CCCXXXI, CCCXXXII y CCCXXXIII. La segunda parte de este título trata del modo de adquirir el dominio de las cosas : veamos con qué motivo. Hemos dicho, segun las Instituciones, que el segundo objeto del Derecho versa acerca de *los derechos de las cosas*, así como el primero se ocupa en *los de las personas*, y el tercero en *los de las acciones*, §. 310. El derecho de las cosas es de dos maneras, *en la cosa* (jus in re), y *á la cosa* (jus ad rem). De los derechos *in re* se trata desde el principio de este libro 2º hasta el tít. 14. del libro 3º, en que se empieza á hablar del derecho *ad rem*. La primera especie del derecho *in re* es el dominio. Luego oportunamente se trata en este y los siguientes títulos de los modos de adquirirlo. Por tanto examinaremos, 1º qué es derecho *in re* y *ad rem*, §. 332 hasta el 334; 2º qué es dominio, y de cuántas maneras, §. 335 hasta el 338; 3º qué es modo de adquirir el dominio, §. 339; y 4º cuántos son los modos de adquirirlo, §. 340 hasta el fin del título.

I. Se pregunta, qué es derecho *in re* y *ad rem*? Grocio define aquel, *el derecho que tiene el hombre á una cosa sin consideracion á determinada persona*; y este, *el derecho que tiene una persona para que otro le dé ó haga alguna cosa*. De donde fácilmente se perciben las diferencias que hai entre uno y otro. Á saber, 1º cuando tengo derecho *in re*, está obligada la cosa; y cuando derecho *ad rem*, la persona. 2º Por el derecho *in re* pido mi cosa; por el *ad rem*, que se me dé ó haga alguna cosa. 3º Del derecho *in re* nacen las acciones reales contra cualquiera poseedor; del derecho *ad rem* solamente las personales contra aquel que negoció conmigo, no contra un tercero poseedor; esceptuando algunas pocas, que aunque son personales, se dirigen contra cualquiera poseedor; por lo que se llaman *in rem scriptæ*; las cuales se hallarán en su lugar (§. 1146). Así por ejemplo, en virtud del dominio, como derecho *in re*, vindico la cosa donde quiera que la hallo, ya esté en poder de la persona que contrató conmigo, ó en el de otra diversa. Por el contrario, si compro un libro á un librero, y este, ántes de entregármelo, lo vende por segunda vez á Pedro, no podria yo repetir contra este, porque no contraté con él, sino contra el librero á quien lo compré, porque obro en virtud del contrato, esto es, del derecho *ad rem*.

§. CCCXXXIV. Mas se pregunta, ¿cuántas son las especies de derecho *in re* y *ad rem*? Por lo que va dicho, es fácil dar la respuesta, pues todo derecho *ad rem* nace de la *obligacion*, y así esta es la única especie de derecho *ad rem* que no tiene co-especie. En el lib. 3. tít. 14 §. 769. y sigg. veremos de cuántas maneras es la obligacion; lo mas difícil es responder ahora á la pregunta, cuántas son las especies de derecho *in re*; sobre lo que no disputan poco los jurisconsultos. Hahnio á Wesembecio, y otros muchos numeran cinco especies; 1ª el dominio, 2ª el derecho hereditario, 3ª la servidumbre, 4ª la prenda y 5ª la posesion. El primero que alteró esta division, fué el ilustre jurisconsulto de Leipsik, Jac. Bornio, el cual, en la disertacion *De jure in re*, demuestra, que solo hai una especie, á saber, el dominio; negando, 1º que la posesion sea derecho, pues consiste en un hecho y no en el derecho. 2º Reduce las cuatro especies restantes al dominio; el cual, dice, ó es *universal*, y entónces se llama herencia, ó

singular. Este consiste en una cosa *corporal* ó *incoporal*; en el primer caso produce la propiedad ó la posesion. Si la propiedad, se llama *dominio* por escelencia, y si la posesion, *prenda*. Por último, si consiste en cosa ó derecho incorporal, nace de él la *servidumbre*. No es decible cuántas contiendas se originaron de aquí, sin aclarar mas la materia. Glesero, jurisconsulto de Helmstadt, Schwendendoerffero de Leipsik y otros impugnaron el parecer de Bornio con tanta violencia y calor, como si se tratase, no de un problema jurídico, sino de la salud de la Grecia. Nosotros, que no somos partes interesadas en la disputa, podemos fallar de qué lado se halla la verdad. Niega Bornio, y por cierto con razon, que la posesion sea, por Derecho romano, derecho *in re;* lo cual probamos de distinto modo que él. 1° La posesion no produce sino un derecho momentáneo, *L.* 15. *De adquir. rer. dom. L.* 5. *ff. De usurp. L. últ. C. Qui legit. pers. standi in jud.;* esto es, con sola la posesion no adquiero ningun derecho, sino en tanto que poseo. Y por lo mismo si alguno muestra su derecho al juez, estói obligado á dejar la posesion, por mas que diga que poseía con buena fe y justo título. Pero el derecho *in re* no es momentáneo, sino que dura, aún perdida la posesion, de suerte que, aunque me quiten la cosa, no dejo de ser su dueño ó heredero, ni espira el derecho de prenda ó servidumbre que tengo sobre una cosa, porque otro la ocupe por fuerza. De aquí raciocinamos con precision: ningun derecho *in re* es momentáneo §. 333; la posesion produce un derecho momentáneo, como hemos demostrado; luego la posesion no es derecho *in re*. 2° Lo mismo probamos por el efecto. Todo derecho *in re* produce la accion *in rem* ó real, que se dirige contra cualquiera poseedor, *L.* 25. *ff. De oblig. et act.* §. 1. *Inst. De act.* Como por el derecho *in re* me está sujeta la cosa, poco me importa que la tenga cualquiera; donde la hallo, allí la vindico. Pero de la posesion nacen los derechos de posesion, ó los interdictos de recuperar la posesion que no se dirigen á la cosa, sino contra la persona, *L.* 7. *ff. De vi, etc.* Ni tampoco son reales los interdictos *Uti possidetis* y *Utrobi*, que se dan para retener la posesion, de los cuales usa el que posee; quien por tanto no puede obrar *in rem*, sino en el único caso de la accion negatoria, §. 2. *Inst. De act.* No dirigiéndose pues contra la cosa ninguna accion que nace de sola la posesion, es claro que esta no es derecho *in re*. No obstante añadimos que el Derecho canónico ha sido la causa de que tantos jurisconsultos hayan tomado la posesion por derecho *in re*. Porque habiendo introducido aquel la accion y escepcion del despojo, que tambien perjudican al tercer poseedor, no pudieron ménos los jurisconsultos de deducir de allí, que la posesion era de la naturaleza del derecho *in re*. Hasta aquí no ha discurrido mal Bornio; pero no parece ha tenido justo motivo para reducir las demas especies de derecho *in re* á solo el dominio. ¿Qué nos aprovecha nuestro arte, si presentándose cuatro especies diversas por su naturaleza, negamos que son cuatro, porque convienen en alguna cosa? Por lo mismo nos parece mucho mas acertado numerar cuatro especies de derecho *in re*, el *dominio*, el *derecho hereditario*, la *servidumbre* y la *prenda*, sobre lo que están de acuerdo los Huberos y otros doctísimos jurisconsultos.

§. CCCXXXV-CCCXXXVIII. Vamos á tratar del *dominio*, como primer derecho *in re*. Del cual se pregunta, 1° qué es, y de cuántas maneras, §. 335 hasta el 338; y 2o de cuántos modos se adquiere, §. 339 hasta el fin del título.

I° No es difícil responder á la pregunta: *qué es dominio*? Es *un derecho in re* (1), pues el señor de una cosa,

(1) « Señorio es poder que ome há en su cosa de facer della é en « ella lo que quisiere, segund Dios é segund fuero. » *L.* 1. *tit.* 28. *Part.* 3.

de tal manera la tiene ligada á él, que puede reclamarla de cualquiera posedor, aunque no haya negociado con él (§. 3 2). Decimos que es *derecho en una cosa corporal*, porque las incorporales están en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio, *L.* 49, *ff. De V. S.*; y así, si reclamamos el derecho que á ellas tenemos, no usamos de la reivindicacion, que pertenece solamente á las cosas corporales, *L.* 1. §. 1. *ff. De rei vind.*, sino de la accion confesoria ó negatoria. Añadimos, *del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla*. Ciertamente el que es señor tiene 1° la libre *disposicion* de sus cosas, (a) pudiendo usar de ellas con esclusion de otro; (b) enajenarlas y trasladarlas á otro entre vivos, y por causa de muerte, (c) y abusar de ellas y consumirlas. Tiene tambien el señor, 2° la facultad de *vindicarlas*; porque el que una vez es señor, lo es siempre, y puede vindicar la cosa de cualquiera poseedor; de lo que pueden servir de ejemplo los siervos romanos. Como que estaban en el dominio de los dueños, podian estos disponer de ellos á su antojo, darlos á otros, venderlos, legarlos, abusar de ellos, pues tenian el derecho de vida y muerte sobre los mismos; y por último, si un siervo huía ó era robado, le reducian á la esclavitud donde quiera que le encontraban. Estos son los verdaderos efectos del dominio. Pero en nuestra definicion se añade la limitacion, *á no ser que lo impida la lei, el convenio ó la voluntad del testador;* por cuyos medios fácilmente puede restringirse el dominio. Por *la lei* se prohibe vindicar las cosas que han sido prescritas; por *el convenio* no se permite á los vasallos enajenar el feudo sin avisar al señor, no obstante que tambien en él tienen dominio; por la última *voluntad* del testador se impide la enajenacion del fideicomiso al que es señor fiduciario.

II° Hasta aquí la definicion del dominio. Siguen varias divisiones. El dominio era, 1° ó *quiritario* (legítimo, segun Teófilo), ó *bonitario* (que aquel llamaba natural). Véase á Teófilo, §. *últ. Inst. De libert.* Aquel era propio de los ciudadanos romanos, y los estranjeros no podian tener nada en dominio quiritario; el bonitario era comun á todos los hombres. Aquel consistia solo en las cosas *mancipi*. §. 330; este tambien en las *nec mancipi*. Así, por ejemplo, el fundo itálico podia estar en dominio quiritario, y el fundo provincial solamente estaba en los bienes; por lo que no podia usucapirse. Véase *pr. Inst. De usucap.* Mas Justiniano quitó esta divison por sus dos constituciones, *L. un. C. De vet. jur. quir. toll.* y *L. un. C. De usucap. transferend. et subl. differ. rer. manc. et nec manc.* Puede sobre esto verse con fruto á Cujacio *in Paratitlis* á este título del Código.

2° Le divide en *pleno* y *ménos pleno*. *Pleno* es, cuando están reunidos en una persona la facultad de disponer y el derecho de usar de una cosa: *ménos pleno* cuando estos dos derechos están divididos y como separados. Por ejemplo, el vasallo tiene el derecho de percibir la utilidad, pero no de disponer del feudo, el cual está dividido entre el señor y el vasallo, de suerte que este no puede enajenarlo ni hipotecarlo sin el consentimiento de aquel; luego el dominio de uno y otro no es pleno, sino ménos pleno. Este es todavía de dos maneras; llámase *dominio directo* el de aquel que se reservó el derecho de que sin su consentimiento no pudiese disponer libremente de la cosa el poseedor; y *dominio útil* el de aquel que percibe toda la utilidad de la cosa. Así por ejemplo, en la enfitéusis, el enfitenta ó el que paga la pension, es el señor útil, y el que la cobra, el señor directo. Algunos repugnan estas vozes, porque no ocurren en las leyes, y las inventaron los glosadores. Verdaderamente no son mui

propias, y con mas exactitud se podia dividir el dominio en *verdadero* y en *derecho próximo al dominio*, como lo han hecho B. Hubero, Wessembergio y otros; pero pregunto, ¿por qué hemos de mudar las palabras que están admitidas en el foro y entre los jurisconsultos? especialmente cuando si no son mui elegantes, tampoco son enteramente bárbaras. Mas útil es observar que hoi dia hai tres especies de dominio ménos pleno, *el derecho enfitéutico*, *el derecho de superficie* y *el derecho del feudo*. Los dos primeros traen su orígen de la legislacion de los romanos, que no conocieron el último.

§. CCCXXXIX. Llegamos á la otra parte del dominio que ofrecimos observar. Se pregunta pues, de cuántos modos se adquiere el dominio? Veremos 1° qué es modo de adquirir, §. 339; 2° de cuántas maneras, §. 340; y 3° cuántos son los modos del Derecho de gentes, §. 341 hasta el fin.

1° En cuanto á la primera pregunta, se ha de procurar ante todo no confundir *el título* y el *modo de adquirir*, porque distan tanto como el cielo de la tierra. Todo dominio tiene dos causas; una *próxima*, por la cual inmediatamente se consigue el dominio; y otra *remota*, por la cual, y mediando la cual, se hace uno dueño. Por ejemplo si compro una cosa á su dueño, y este me la entrega, me hago señor de ella: la tradicion es la causa próxima del dominio, y la compra la causa remota. Haciendo ya la aplicacion de este principio, la *causa próxima* del dominio se llama *modo de adquirir*; la *causa remota* se llama *título*. Tambien se diferencian en el efecto: 1° por el título solamente se consigue el derecho *ad rem*; por el modo de adquirir, el derecho *in re*. 2° Por el título me dirijo contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquier poseedor. Tenemos un ejemplo en la *L.* 72. *ff. L.* 15. *C. De rei vindic. L.* 3. *ff. De obl. et act.*, donde se pone este caso: compro un libro á un librero, quien en seguida lo vende á Juan, y se lo entrega; ¿podré reclamar de Juan el libro, por haberlo comprado yo el primero? No, porque el que compra, aunque tiene título, todavía no adquiere la cosa, ni por tanto puede exigirla de cualquier poseedor, no teniendo ningun derecho *in re*, pero debe pedir al librero que cumpla el contrato, y si no puede, que resarza los daños y perjuicios. Á este propósito debe notarse un axioma: *el título jamas da derecho in re, si no acompaña la tradicion, L.* 20. *C. De pact.* Luego aunque yo compre, ó adquiera por legado, donacion ó permuta una cosa, no soi su dueño, hasta que se verifique la tradicion, la cual solamente produce el dominio ó derecho *in re*, precediendo título hábil para trasferirlo, *L.* 31. *pr. ff. De adquir. rer. dom.* §. 4. *Inst. h. t.* Luego ni el título basta sin la tradicion, ni esta sin aquel; axioma que reina en todo el Derecho, y debe grabarse en la memoria. Sin embargo tiene algunas escepciones que añadimos en la nota 2ª; á saber, 1ª *el derecho de hipoteca*; pues esta no se entrega al acreedor como las demas prendas, sino que se constituye el derecho *in re* con el pacto; teniendo en su consecuencia el acreedor la accion real contra cualquiera poseedor, aunque nunca reciba ó posea la cosa entregada, *L.* 1. *pr. ff. De pign. act.*

2ª *Las servidumbres negativas.* Las servidumbres son derechos, y los derechos son cosas incorporales. Estas propiamente no se entregan, sino que se cuasi entregan; cuya cuasi tradicion consiste en el ejercicio del uno y sufrimiento del otro. Por ejemplo, si uno me promete una servidumbre de camino, y en seguida voi, paseo y atravieso por su hacienda, y él lo tolera, cuasi me ha entregado la servidumbre. *L. últ. ff. De serv. præd. rust.* Mas esto solamente es cierto respecto de las servidumbres afir-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mativas, como de senda, carretera, luz, la de recibir aguas etc.; pues las negativas por su naturaleza no pueden entregarse, ni cuasi entregarse. Por ejemplo, si prometo á uno la servidumbre de que no he de edificar mas alto, ni puedo entregarle, ni tolerarle nada, no pudiendo el otro hacer nada; y así con solo el pacto se constituye este derecho *in re*, y por tanto con solo el título. 3ª *Las cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios*; las cuales se hacen de uno en el momento de serle adjudicadas, aunque no se le entreguen. Aquellos juicios divisorios son, de partir los bienes de una familia, dividir una cosa comun, y fijar los límites de las propiedades. Luego si á un coheredero, á un comunero, ó á un vecino se les adjudica algo en alguno de estos juicios, al instante adquieren el dominio, §. *últ. Inst. De off. jud.* Vulgarmente los jurisconsultos, y entre ellos Ludovico, creen que sucede otro tanto en todas las adjudicaciones; pero es un eror. (a) En el §. *últ. Inst. De off. jud.* espresamente se habla solo de aquellos tres juicios divisorios, y no de otros. (b) Si toda sentencia de juez produjese derecho *in re*, la accion de cosa juzgada seria accion real, y manifiestamente es personal, como todos confiesan. 4ª *Las adquisiciones por última voluntad*; pues la tradicion debe hacerse por su dueño, ó por otro con mandato de aquel, *L.* 9. §. 4. *De adquir. rer. dom.*, y el muerto no puede entregar nada. Así el heredero adquiere la herencia por adicion sin que se verifique la entrega, y el legatario la cosa legada, al punto que muere el testador, sin la tradicion, *L. últ. ff. De serv. leg. L.* 19. § 1 *ff. Quemadm. serv. amitt.*

§. CCCXL. IIº Se pregunta de cuantas especies son los modos de adquirir. Son distintos en cuanto al orígen, pues unos lo traen del mismo Derecho natural y de gentes, y son comunes á todos los pueblos, y otros dimanan solamente del Derecho civil de los romanos, y son desconocidos, ó varían en las demas naciones. La tradicion, por ejemplo, es un modo de adquirir comun á todas las sociedades. *¿Qué cosa mas conforme á la equidad natural, que permitir al hombre el trasladar á otros el dominio de sus cosas?* dice un jurisconsulto en la *L.* 9. §. 3. *ff. De adquir. rer. dom.* Al contrario, no todos los pueblos conocen la usucapion, ó al ménos la que conocen, no es idéntica á la de los romanos. Por ejemplo, segun la legislacion romana usucapimos las cosas raízes por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, y las muebles por 3. Vice versa, los germanos, y hoi dia los sajones, los ingleses, etc., prescriben las muebles por 1 año, y las raízes por 31 años, seis semanas y tres dias. De suerte que la tradicion es de Derecho de gentes, y la prescripcion de Derecho civil. Y de aquí se manifiesta que los modos de adquirir son, unos *naturales*, que dimanan del Derecho natural y de gentes, y otros *civiles*, que provienen del Derecho civil. En este título se trata de los naturales, y en el sesto y siguiente de los civiles.

§. CCCXLI. IIIº No convienen los jurisconsultos en cuántas sean las clases de los modos naturales de adquirir; pero los redujo á la razon Grocio de *J. B. et P. l.* 2. *c.* 3. §. 1., y Puffendorfio, *lib.* 4. *c.* 6. §. 1. con este argumento: ó adquirimos una cosa que no está en el dominio de otro, como una fiera, un enjambre de abejas, un pez del mar; ó se trasladan á nosotros cosas que están en el dominio de otro: así, por ejemplo, se hace dueño el heredero de las cosas que tenia el difunto, y el comprador se hace señor de la cosa que tenia el vendedor, y que este le entregó. Los primeros modos de adquirir, por los cuales conseguimos el dominio de las cosas que no tenian dueño, los llama Grocio *originarios*, los últimos, por los que el dominio pasa de una persona á otra, *derivativos*. Los originarios son de dos géneros, pues ó adquirimos la misma sustancia de la cosa, ó su incremento ó frutos. Si lo pri-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mero, los denomina Puffendorfio modos originarios *simpliciter;* si lo último, *secundum quid*. Por ejemplo, si uno encierra en su colmena un enjambre de abejas silvestres, este modo de adquirir es originario *simpliciter*, porque coge las mismas abejas, que son la sustancia ó lo principal. Si despues se hace dueño de la miel, este modo de adquirir es originario *secundum quid*, porque adquiere el aumento que proviene de las abejas, que son lo principal. Ahora ya hablaremos y contaremos fácilmente todos los modos naturales de adquirir. Uno es originario *simpliciter*, y se llama *ocupacion*; de la que se trata en el §. 342 hasta el 353; otro originario *secundum quid*, y se denomina *accesion*, §. 354 hasta el 378.; y otro derivativo, que es la *tradicion*, desde el §. 379 hasta el fin.

§. CCCXLII y CCCXLIII. El modo de adquirir originario *simpliciter* ó *la ocupacion*, es *la aprehension de las cosas corporales que no tienen dueño, con ánimo de guardarlas para sí*: cuya definicion debe entenderse bien. Se dice que la ocupacion es *aprehension*, y se entiende segun que lo permita la cosa, como aprisionando una fiera, cogiendo una perla, introduciendo tropas en la ciudad: así suelen ocuparse estas cosas. Pero se añade, *con ánimo de guardarlas para sí*, pues sin tal requisito, nada adquirimos con la aprehension; así como sin esta no basta el ánimo. Por esto si un loco coge una cosa, se dice que no la ocupa, porque le falta la intencion de adquirirla. Al contrario, si asomándose uno á la ventana viese una perla en el lodo, y gritase: la quiero para mí, no se haria dueño, si otro la cogia primero. Deben pues concurrir juntas la aprehension material, y la intencion de ocupar. Por último, añadimos en la definicion, *que no tienen dueño*, pues cuando la cosa tiene ya señor, no la hacemos nuestra con la ocupacion, sino que cometemos un hurto cogiéndola contra la voluntad de su dueño. Esto supuesto, se entenderán

fácilmente los cuatro axiomas que hemos sentado acerca de la ocupacion en el § 343. de los *Elementos*: 1° las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupe. En nuestro Derecho se dice que no tienen dueño las cosas, ó por la *naturaleza*, como los pescados del mar, las fieras, §. 12, 22. *Inst. h. t.*, ó por el *tiempo*, porque ya no existe memoria de su antiguo señor, como un tesoro, §. 39. *Inst. h. t.*, ó por el *hecho* del primer dueño, que arroja la cosa con ánimo de desprenderse del dominio de ella; y estas cosas se llaman en especie *dejadas por perdidas*, §, 46. *Inst. h. t.* Á todas abraza nuestro axioma, las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa, porque nada hai que pueda impedir á este su dominio. 2° *Para la ocupacion debe haber intencion y accion corporal*. Cuando no se ha cogido una cosa, no hai razon para decir que es de uno mas que de otro; y si no hai ánimo de apropiársela, la accion no es humana, y por tanto no puede producir ningun efecto civil. La aprehension de las cosas muebles se hace ordinariamente con la mano, y la de las raízes con los piés ó entrando en ellas, con lo cual fácilmente puede resolverse aquella famosa cuestion que trae Plutarco, *Quæst. græc.* 30. Habiendo tenido noticia los isleños de Ándros y Cálcis de que los bárbaros habian abandonado la ciudad de Acanto, enviaron por separado personas que lo averiguasen, y siendo cierto, que ocupasen la ciudad. Luego que se acercaron y conocieron que estaba desierta, el diputado calcidense, apretando la carrera, logró ocuparla el primero á nombre de los de su nacion; pero ántes el emisario de Ándros, conociendo que por correr no sacaria ventaja, clavó un dardo en la puerta de la ciudad, pretendiendo con esto que la habia ocupado representando á su nacion. Se nombraron jueces árbitros de los eretrienses, samios y parios: los dos primeros sentenciaron á favor de los de Cálcis, y los últimos á favor

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de los de Ándros. Qué se debia fallar en esta controversia? Que era mui justa la causa de los calcidenses. Porque ¿quién ocupa con un dardo una ciudad, como si fuese un pájaro? ¿Se dice que el enemigo ocupa una ciudad, porque introduzca en ella algunos miles de balas? Véase á Puffendorfio *Derecho natural y de gentes*, *L.* 3. *cap.* 6. §. 8. Ambos legados tenian intencion de ocupar la ciudad para su respectiva nacion; pero no lo hicieron los dos del modo que se acostumbra tomar posesion de las ciudades. 3° No pueden ocuparse las cosas que no pueden ser custodiadas (por el axioma 2°), porque nada aprovecha coger lo que no puede retenerse en posesion, *L.* 13. *pr.* §. 2. *ff. De adquir. rer. dom.* Por esto Bynkersh. en un folleto del *dominio del mar*, que acompaña al comentario á la lei Rodia, niega con razon que puede ocuparse el mar Océano, por no poder conservarse la posesion, si es apresada la armada. Porque si se retira á sus puertos, con igual facilidad puede otra escuadra dominar en el mar así como la anterior.

§. CCCXLIV. En este párrafo se manifiestan las especies que hai de ocupacion, las cuales son tres, á saber, *la caza y pesca*, *la ocupacion que se hace en la guerra*, y *la invencion* ó *hallazgo*. 1° La *caza* es la ocupacion de los animales libres; y siendo estos ó cuadrúpedos, ó volátiles, ó acuátiles, resulta que hai tres especies de caza. 2° *La ocupacion que se hace en la guerra* es la aprehension de los enemigos y sus cosas; de lo que nace una gran duda. Se ocupan las cosas que no tienen dueño (§. 343.); es así que las cosas y personas enemigas que tomamos, tienen dueño, porque ó están en poder del enemigo, ó son personas libres, y nunca las dejaron aquellos por cosa perdida; luego de ningun modo pueden ocuparse. Respondemos (§. 348), que los romanos juzgaban ser cosas sin dueño las de los enemigos, lo cual observó Westembergio, *pr. ff. De adquir. rer. dom.* §. 39., y se ve en la *L.* 4. §. 1. *ff. De adquir. vel amit. poss.*, donde manifiestamente compara el jurisconsulto las cosas de los enemigos con las que no tienen dueño. Y nosotros añadimos, que este principio es conforme al Derecho natural y de gentes. Á cuyo propósito dice elegantemente Puffendorfio, *lib.* 4. *del Derecho nat. y de gent. cap.* 6. §. 14 : « Ha de saberse que por el « estado de guerra, de tal modo se rompe el efecto del « dominio, así como los derechos civiles, que ninguno « está obligado á respetar las cosas de los enemigos, « sino en cuanto lo dicte la humanidad. Pues en la guerra « las cosas de los enemigos se consideran como fuera del « dominio, no porque por el derecho de ella dejen aquellos de ser señores de sus cosas, sino porque su dominio « no impide que el enemigo pueda apropiárselas y guardarlas, así como basta la ocupacion para adquirir las « cosas que no tienen dueño. » 3° La *invencion* ó *hallazgo* es la ocupacion de las cosas muebles que no tienen dueño, ó por no haber estado nunca en el dominio de nadie, ó por haberse dejado por perdidas. Así, por ejemplo, hacemos nuestras por la invencion las perlas que arroja el mar, el dinero cuyo dueño no parece, hallado en un paraje público, etc. Vamos á tratar de cada una de ellas.

§. CCCXLV, CCCXLVI y CCCXLVII. La primera especie de ocupacion es la *caza*, la que hemos definido en el párrafo anterior. Siendo pues la ocupacion de los animales libres, hai que indagar tres cosas, 1ª qué son animales libres, §. 345; 2ª cómo se hacen nuestros por la caza, §. 346., y 3ª una vez cogidos, hasta cuándo permanecen en nuestro dominio, §. 347.

1° Los animales se dividen en *mansos*, *libres* y *domesticados*; aunque muchos antiguos comprendieron los últimos entre los libres. 1° *Libres* son los que andan vagando libremente, y no se cogen sino á fuerza, como las liebres,

ciervos, jabalíes. En nuestras *Instituciones*, §. 3. de este tít., se dice que son las que no tienen ánimo de volver. Un pajarillo, por ejemplo, que se suelta de la mano, y no vuelve, es animal libre. 2º *Mansos* son los animales domésticos que tienen ánimo de volver, por ejemplo, los cerdos, bueyes, gansos, gallinas, ánades. 3º *Domesticados* son los libres por naturaleza, pero amansados en nuestras casas, como los ciervos domesticados, las palomas, los pavos, las abejas. De aquí se manifiesta que solamente los animales libres pueden cogerse en la caza, no los mansos ni domesticados: el que caza los últimos, es ladron, no cazador.

II. ¿Cómo pues se hacen nuestros los animales con la caza? Lo esplicaremos en cinco conclusiones que dimanan del axioma 1º §. 343, *las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa*. De donde fácilmente se deduce, 1º que los animales se hacen nuestros en el momento que se cogen. Pero esto debe entenderse bien. Se supone aquí que los animales libres no tienen dueño, lo cual no es dudoso por Derecho natural y de gentes; mas habiendo manifestado arriba (§. 328.), que en las provincias ocupadas por una comunidad, no hai cosa fuera de dominio, sino que todas pertenecen al pueblo ó nacion que las ocupa; fácilmente se deja ver, que al tiempo de ocuparlas, pudo el pueblo destinar para el príncipe estas cosas como propias y peculiares suyas, escluyendo de su uso á los particulares; lo que efectivamente se ha hecho en muchas partes; y así hoi dia los animales libres son del primero que los ocupa, pero solamente en el caso de que tenga el derecho de cazar, pues el que caza sin derecho, es castigado con razon. 2º Se pueden coger los animales libres, aún en las posesiones ajenas. *L.* 3. §. 1. *De adquir. rer. dom.* Porque aunque no puedo buscar en ellas las cosas que no tienen dueño, §. 351.; sin embargo, si las

hallo por casualidad, las hago mias, y por lo mismo tambien un animal libre que ande en terreno ajeno. No obstante deben añardise dos limitaciones: (a) con tal que no viole el fundo ajeno, pues si persiguiendo un animal por tierras sembradas, echo á perder los frutos, es justo que resarza el daño; y (b) con tal que el dueño no me prohiba la entrada, pues así como tengo derecho de ocupar las cosas que no tienen dueño, aún en terreno de otro, así el señor de este tiene el de escluir á los demas del uso de sus cosas, y por tanto de prohibir que ninguno éntre á cazar en sus propiedades. (c) No pueden cogerse cazando los animales libres que un particular tiene encerrados, como los que se guardan en los vivares, los pezes en los estanques y las abejas en las colmenas; lo cual aparece claramente de la *L.* 3. §. 14. *ff. De adquir. vel amitt. possess.* La razon es, porque la ocupacion es de las cosas que no tienen dueño (§. 341.). 1º Las cosas que han sido ocupadas, ya son de alguno, pues el que encierrra los pezes en un estanque, los ha aprehendido con ánimo de tenerlos para sí; y el que aprehende una cosa con ánimo de adquirirla, se hace señor de ella (§ 343.). Luego estas cosas tienen dueño, y por tanto el que pesca en los estanques, comete un robo. (d) No pueden cazarse los animales mansos y domesticados; de lo que se ha dado la razon poco há. (e) No basta herir la caza, sino que es preciso cogerla, ya con la mano, por ejemplo, si nosotros mismos matamos á un ciervo; ó ya con instrumentos, si cae en la trampa, ó los pezes en la red. Aunque no es bastante herir al animal, *L.* 5. § 1. *L.* 55. *ff. de A. R. D.* el que le ha herido tiene el derecho de perseguirle, aún por posesion ajena, y de cogerle, si cae en ella, con tal que no lo haga á son de corneta, ni introduciendo los perros, como casi en todas partes lo tiene establecido la costumbre.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IIIª La regla siguiente nos enseña por cuánto tiempo se hace nuestro el animal que hemos cazado. Miéntras que no recobra su libertad natural, es nuestro, y solo deja de serlo, si se escapa de nuestra custodia, §. 12. *Inst. h. t.* Por consiguiente, si otro se apropia un ciervo que se nos ha escapado, no podemos considerarlo como hurto, porque no tomó una cosa que nos pertenecia, sino la que no estaba bajo del dominio de nadie. Esta regla se aparta claramente de otros principios de Derecho, pues arriba hemos dicho que el derecho *in re*, no es momentáneo, sino perpetuo, de suerte que no deja de ser nuestra una cosa, cuyo dominio hemos adquirido, aunque perdamos la posesion (§. 338). Así, por ejemplo, un esclavo que huye, no recobra su libertad natural, sino que permanece en nuestro dominio, y podemos vindicarle donde quiera que le encontremos. Del mismo modo la cosa que nos roban, permanece en nuestro dominio, porque el derecho *in re* siempre es perpetuo, Pero en los animales libres falla esta regla, como ya observó Grocio *De jur. bel. et pac. lib. II, c.* 8. §. 3. Desde el momento que huyen y eludiendo nuestra guarda, recobran su antigua libertad, dejan de ser nuestros, y por consiguiente pueden ser ocupados por cualquiera sin cometer robo.

§. CCCXLVIII y CCCXLIX. La otra especie de ocupacion es la que se hace en la guerra; cuyo principio y orígen hemos visto en el §. 344. Considerándose por Derecho de gentes que las cosas y personas enemigas están fuera del dominio, nacen de aquí siete conclusiones.

1ª Las cosas que cogemos de los enemigos, se hacen nuestras, *L.* 5. § *últ. ff. de A. R. D.* §. 17 *Inst. h. t.* Decimos *de los enemigos*: de lo cual se sigue inmediatamente que no se observa este derecho en las guerras civiles, donde los que caen prisioneros, no se hacen siervos, *L.* 2.

§. 1. *ff. De cap. et postlim.*, sino que se proscriben; de cuya proscripcion (en cuanto á su forma y orígen) refieren algunas cosas varones doctos en las notas á *Vell. Paterc. lib.* 2. *c.* 28. Y mucho ménos en las cosas que quitan los asesinos y ladrones, los cuales no gozando ningun derecho de guerra, no las hacen suyas. 2ª y 3ª. El enemigo tiene derecho á recuperar las cosas que le hemos quitado, pues siendo nosotros tambien enemigos respecto de él, le asiste el mismo derecho para con nosotros que tenemos para con él. De lo que se sigue, que no se hacen nuestras las cosas muebles y personas que cogemos, hasta que las llevamos á nuestras plazas y puertos; y por consiguiente, si el enemigo las recupera ántes, no comete un robo, sino que usa de su derecho, *L.* 5. §. 1. *ff. De capt. et postlim.* 4ª Las presas no son de cada uno de los soldados que las cogen, sino de aquel bajo cuyos auspicios, y con cuyos gastos se hace la guerra, *L. pen. ff. ad. leg. jul. pecut.*; por lo cual se llama reo de peculado el que retiene parte de la presa y no la lleva al erario. Por tanto es vulgar y ridículo el error de los que juzgan que entre los romanos lo que cada soldado cogia, era para él. Ántes bien es conforme á la misma equidad, á nuestro Derecho y á los monumentos históricos, que cuanto adquieran los soldados, puesto que son pagados por ir á la guerra, no sea para ellos, sino para aquel que soporta los gastos, y bajo cuyas órdenes militan. 5a Mucho ménos pueden exigir los soldados los bienes raízes que cogen en la guerra, como prados, tierras, predios, aunque los invadan y ocupen los primeros, pues toda heredad cogida de los enemigos, se hace pública por nuestro Derecho, *L.* 20. §. 1. *ff. De cap. et postlim.* Entre los romanos no tomaban nada los soldados, hasta que el pueblo decretaba por una lei agraria que se enviasen colonias militares, y se repartiese una parte á los soldados veteramos beneméritos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Espuso claramente este asunto, con arreglo á las antigüedades romanas, Pedro Burmano, *De vectigal. pop. rom.* 6ª En un solo caso retenian la presa los soldados, y era cuando se lo habia permitido espresamente el emperador, *L.* 36. § 1. *C. De donat.*; lo que solia hacerse para escitar el valor, cuando amenazaba grande peligro, como tambien hoi suele suceder, especialmente si el gobierno permite á los particulares que armen sus buques en corso, para ofender á los enemigos, concediéndoles entónces parte de la presa. 7ª De aquí fácilmente se manifiesta, qué sea derecho de postlimiuio. Si una persona ó nave prisionera en tiempo de guerra se escapa del poder del enemigo, en el momento que llega á nuestras fronteras, ó entra en nuestros puertos, recupera sus antiguos derechos por el derecho de postliminio; esto es, se finge que nunca estuvieron en poder de los enemigos, L. 7. §. 19. *ff. De capt. et postlim.* De cuya ficcion se sigue, 1º que las personas que salen del cautiverio, se hacen ingenuas; y 2º que las cosas en que se hace uso del derecho de postliminio, vuelven á su primitivo dueño.

§. CCCL, CCCLI y CCCLII. La tercera especie de ocupacion, es la *invencion* ó *hallazgo*. Decimos que es especie de ocupacion, y como la ocupacion es de las cosas que no tienen dueño, se sigue que en las perdidas por otros no hai invencion de tal naturaleza, que podamos adquirir su dominio. La invencion de que hablamos, se define la *aprehension de las cosas que no tienen dueño, ó de las dejadas por perdidas*. Y así para ella se requiere: 1º intencion de coger, 2º y la aprehension hecha corporalmente. Luego el primero que la ve, no la hace suya con la vista, sino el primero que la ocupa y coge. Sin embargo entre los antiguos, así como entre nosotros, habia costumbre de que en este caso recibiesen una parte los que veían la

cosa. De lo que hai muchos ejemplos en los autores. Fedro *lib.* 5. *fab.* 6 dice:

Invenit calvus forte in trivio pectinem;
Accessit alter æque defectus pilis:
Eja, inquit, in commune quodcumque est lucri.

Y Séneca, *epist.* 20: *Cuando hallo alguna cosa, no aguardo a que digas, es para los dos; sino que yo mismo me la aplico.* Una cosa semejante parece se observaba entre los griegos, segun *Teophrast. charact. c.* 24. De este modo se hacen nuestras las perlas, las piedras preciosas, y otras cosas que no tienen dueño: ¿sucede otro tanto con el tesoro? Para entender bien esta pregunta, ha de saberse: 1º qué es tesoro; y 2º para quién es, despues que se halla. El *tesoro* en primer lugar, es *un depósito antiguo de dinero de que no existe memoria*. Por esto, si el dinero que hallo, es de nuevo cuño, no es tesoro; ni tampoco lo hago mio, si lo hallo en un edificio, y sé quién lo depositó, pues entónces tengo que entregarlo al verdadero dueño, ó á sus herederos, y de no restituírselo, pueden revindicarlo, *L.* 67. *ff. De rei vindicat.* Si en segundo lugar se pregunta, á quién pertenece el tesoro que se halla, no podemos ménos de advertir que sobre este asunto habia antiguamente diversos pareceres entre los autores. La razon es, porque unos contaban la invencion entre las especies de ocupacion, y otros entre las de accesion. Los primeros adjudicaban el tesoro al que lo hallaba, porque las cosas que no tienen dueño, son del que las ocupa, §. 343. Los del último dictámen juzgaban que pertenecia el tesoro al dueño del sitio en que se halló, porque de aquel de quien es lo principal, es lo accesorio. §. 354. Los emperadores quitaron esta duda, y el primero Adriano, §. 39. *Inst. h. t.* (véase á Esparciano, *in vita Hadr. c.* 18.) estableció acerca de los tesoros, que *si alguno los encontrase en su*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

terreno, los hiciese suyos; si en paraje ajeno, diese la mitad á su dueño, y *si en sitio público, partiese igualmente con el fisco*. Donde se ve que Adriano abrazó los dos pareceres, y quiso que el señor tuviese una parte por derecho de accesion, y el que lo encontraba, otra, por razon de la ocupacion. Jacobo Gotofredo espuso diligentemente toda la historia de esta lei *ad L. 1. C. theod. De thesaur.*; mas para llegar á las conclusiones especiales acerca de los tesoros, se ha de observar, 1° que *el tesoro hallado por arte mágica es del fisco*, en pena de estas artes malignas, *L. un. C. De thesaur.* 2° El tesoro, buscado y encontrado en terreno ajeno, es por entero para el dueño de este, *L.* 63. *De A. R. D.* Pues ninguno tiene derecho de buscar tesoros en mi posesion, y si alguno se atreve á hacerlo, es reo de hurto, y por tanto no puede hacerse señor del tesoro, como que es cosa furtiva. 3° El que halla un tesoro en su propiedad, lo adquiere por entero, §. 39. *Inst. h. t.*, pues, segun el principio de Adriano, le pertenece una parte por haberlo encontrado, y la otra por ser señor del terreno, y de consiguiente lo adquiere todo. 4° del tesoro hallado casualmente en terreno ajeno, la mitad es para el señor de este, y la otra mitad para el que lo encuentra, *d.* §. 39. *Inst. h. t.* Pero aquí nace la duda, si sucede otro tanto, cuando un jornalero encuentra un tesoro cavando en mi propiedad. Hai algunos pareceres en contrario, fundados en que los jornaleros no se ajustan para adquirir para ellos, sino para nosotros; como lo deciden Angelo *ad* §. 39. *Inst. h. t.* y Pedro Gregoriano Tolosano *Syntagm. lib.* 3. *c.* 11. *n.* 5. Mas pregunto: si en este caso no, ¿cuándo se halla un tesoro casualmente? ¿Acaso arienda un mercenario su trabajo con ánimo de encontrar tesoros? Por esto les adjudica una parte Corn. van Bynkersh. *Obs.* 2. *p.* 123. *arg. L.* 36. §. 3, 4. *ff. de adq. rer. dom.* y *L.* 67. *ff. D rei vindic.*

§. CCCLIII. [En lo relativo á la ocupacion por caza y pesca, que es la primera especie de que hemos hablado, se ha de estar en un todo á lo dispuesto en la *lei de* 3 *de mayo de* 1834, la cual permite la caza con ciertas restricciones, tanto en el tiempo como en los lugares y en el modo.]

§. CCCLIV. Llegamos al modo de adquirir *originario secundum quid*, esto es, *la accesion*, §. 341. Es pues la accesion *el derecho de adquirir el aumento que tienen nuestras cosas*; siendo mui natural que de aquel cuyo es lo principal, sea lo accesorio; por ejemplo, de aquel cuyo es el árbol, sean los frutos; el becerro de quien es la vaca, y la miel de quien es la colmena. La accesion es de tres maneras: natural, la que se verifica en nuestra cosa solo por la naturaleza ó por su beneficio, como el becerro, el aluvion etc.; *industrial*, segun otros *artificial*, la que se agrega á nuestra cosa por el arte é industria, como lo escrito en un papel mio; *mista*, que otros llaman *industrial*, cuando concurren el beneficio de la naturaleza y nuestra industria, por ejemplo, la tierra sembrada, la huerta cultivada etc.

§. CCCLV y CCCLVI. De la *accesion natural* hai muchas especies, 1ª el feto, 2ª la isla, 3ª el aluvion, 4ª la fuerza del rio, y 5ª la mutacion de álveo.

1° *Feto* es la accion verificada por medio de la generacion de la sustancia animada. Concurriendo á la generacion dos sustancias ó sexos, se pregunta, á cuál de ellos sigue el parto? Consta de todos los físicos que la materia ó sustancia del animal no es del padre, sino de la madre. Lo cual conocieron tambien los antiguos estoicos, que no tenian por animal al feto encerrado en el útero materno, sino por parte ó por víscera de la madre, *L.* 2 *ff. De morte infant. L.* 3. §. 1. *ff. De ventr. insp. L.* 39. *ff. De pœn.*; añádase Séneca, *epist. ult.*, Plutarco *De plac. philos. l.* 5. *c.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

15. 16., cuyos lugares debemos al gran jurisconsulto Em. Merilio, *Obs. l. 1. c. 16.* De donde se sigue el áxioma: *cuanto nace del vientre de la madre, constituída en nuestro dominio, es nuestro, L. 4. L. 6. ff. De adquir. rer. dom.* Decimos *del vientre constituído en nuestro dominio*, porque en las personas libres no sucede lo mismo, pues ó viven en matrimonio, ó procrean hijos fuera de él. En el primer caso el parto sigue la condicion del padre, y por tanto su nobleza, ingenuidad etc.; en el segundo sigue la condicion de la madre. Véase la *L. 24. ff. De stat. hom.*, la que pertenece á este lugar especialmente. Cuando el vientre está en nuestro dominio, es constante el axioma de que el parto sigue al vientre. De aquí nacen por sí solas y sin esfuerzo alguno varias conclusiones: 1ª todo lo que nace de un animal nuestro, nos pertenece, §. 19. *Inst. h. t.* Así el becerro es del señor de la vaca, y no del toro que lo engendró; el potro del dueño de la yegua, y no del caballo con quien aquella se casteó. Mas se pregunta: ¿habrá prestado grátis el dueño del caballo padre el trabajo de este? Se responde, que tiene derecho á pedir el estipendio de aquel trabajo, *L. 32. §. 2. ff. De furt.* 2ª Los hijos que nacen de nuestras esclavas, son nuestros, *§ últ. Inst. De jure pers. L. 7. C. De reivind.* Los siervos son cosas: las que se agregan á cosa nuestra por beneficio de la naturaleza, nos pertenecen, §. 354; luego tambien los hijos que nacen de nuestras esclavas.

§. CCCLVII. Otra especie de accesion natural es la *isla*, §. 355; se entiende la que se forma de nuevo. La isla ó nace en el rio, ó en el mar, ó por el rio que se divide y vuelve á unirse mas abajo. La primera se entenderá por la figura A, la segunda por sí sola sin figura, y la tercera por la fig. *B, lám. II.* fig. 18 *y* 19.

Si pues nace nuevamente en el rió una isla, los jurisconsultos romanos la consideran como accesorio de los predios que están en la una y otra ribera; lo que no es dudoso, porque se presume ha sido formada de la tierra de los campos vecinos. De aquí es, (a) que si está en medio del rio, la dividen entre sí los que poseen los campos de una y otra orilla, á proporcion de la estension y situacion que tenga. Así, por ejemplo, la isla *a*, en la figura *A* debe dividirse entre los dueños de los fundos *d. e. h. i. k. l.*; y como los poseedores *d. e.* tienen fundos un duplo mayores que los de los otros, debe ser tambien doble mayor su porcion. (b) Si la isla está mas próxima á una de las riberas que á la otra, es de los dueños de los campos contiguos á aquella. Así, en la misma figura *A*, la isla *b* es solamente del poseedor del fundo *m*, y la *isla c* se divide entre los poseedores de los predios *f. g.*, pero el de *f.* lleva doble parte, §. 32. *Inst. h. t. L. 7. §. 3. L. 29. ff. De A. R. D*

Si, lo que rara vez sucede, por la fuerza de las olas (*Plin. t. II. Hist. nat. c. 85.*) se formase una isla en el mar, entónces se observaria la regla, de que lo accesorio sigue á su principal, §. 354. Es así que, segun los principios de la jurisprudencia romana, el mar es comun, y por tanto no tiene dueño, § 326; luego tampoco le tiene la isla que en él se forma, y por consiguiente es del primero que la ocupa (§. 343), *L. 7. § 3. ff. De A. R. D.* Si en un campo mio forma el rio una isla, como en la figura *B*, dividiéndose por la parte superior, y volviéndose á unir por la inferior, no se verifica accesion, sino que permanece la misma sustancia y por tanto queda del primer dueño, *L. 7. §. 4. L. 30. §. 2. ff. eod.*

§. CCCLVIII. La tercera y cuarta especie de accesion natural, son el *aluvion* y *la fuerza del rio*. *Aluvion* es el incremento que adquiere un campo poco á poco y lentamente por beneficio del rio, §. 20 *Inst. h. t. Fuerza del rio* es el aumento qae produce juntamente y de una vez, §. 4. *Inst. h. t.* En el primer caso, cuando el rio ha arri-

mado poco á poco algo de tierra á mi posesion, no puede saberse de qué fundo la arrancó. Luego no pudiendo nadie vindicar este aumento, como accesorio del campo á que se ha unido, es del dueño de este, §. 20. *Inst. h. t. L.* 7. §. 1. *De A. R. D* Por el contrario, cuando el rio desmiembra de una vez una parte del campo vecino y la agrega á uno mio, queda de su primitivo dueño, y permaneciendo suya, puede revindicarla donde quiera que esté detenida (1). Luego no puedo hacerme señor de este incremento, á no ser por la prescripcion, á saber, si el primer dueño no la reclama, y entretanto los árboles se arraigan en el terreno, *L.* 7. §. 2. *ff. De A. R. D.* §. 21. *Inst. h. t.* Pero la primera decision sobre el aluvion pertenece solamente á los campos arcifinios, no á los limitados; pues lo que á estos se agrega, se hace público, *L.* 16. *ff. De A. R. D. L.* 1. §. 6. *Inst. De flum.* Luego es preciso esplicar qué sean campos arcifinios. Los antiguos romanos dividian los fundos en arcifinios, limitados y determinados. *Arcifinios* son los que no tienen otros límites que los naturales, como montes, rios, etc.; *limitados* los que se poseen hasta cierta medida, y *determinados* los que se contienen en cierta medida por una estremidad (*lám. II, fig.* 20, 21 *y* 22.).

Traen esta diferencia los antiguos escritores, Aggeno Urbico, Julio Frontino y Flaco Sículo, que trataron de los límites de las heredades; pero hablaron con tanta oscuridad, que ni el mismo Grocio los entendió suficientemente, *De J. B. et P. l. II. c. III.* §. 16. *n.* 1. Mucho mas

(1) En España el dueño del terreno, al cual se ha unido la parte arrancada por la fuerza del rio, se hace dueño de esta parte, aunque está obligado á pagar al dueño de ella el perjuicio que se le siguió, al arbitrio de hombres buenos y peritos, segun espresamente lo dispone la *l.* 26. *tit.* 28. *Part.* 3.; en cuya *glosa* 7. prueba Greg. López, que el valor de los árboles arrancados se debe calcular, como si estuviesen separados del terreno; acerca de lo cual nada se halla dispuesto por el Derecho romano.

claramente los esplicó el incomparable Gronovio en las notas á Grocio, *l. c.* Si pues el rio agregase al fundo *A* poco á poco y por aluvion el pedazo *a*, este será del dueño del fundo *A*, por ser arcifinio. Si al campo *B* se agrega por aluvion la parte *b*, esta no es para el señor de aquel, sino pública, porque el campo *B* es limitado, esto es, circunscrito á cierta medida.

§. CCCLIX. La última especie de accesion natural es la *mutacion de álveo*, §. 356. que se hace, cuando el rio toma nuevo camino, y deja seco el primitivo álveo ó madre. Entónces se pregunta: quién toma el álveo que dejó seco? Se responde, que los jurisconsultos consideran tambien este álveo como accesorio de las tierras próximas. Luego deben dividirlo entre sí los poseedores de los campos vecinos, segun su entension, *L.* 7. §. 5. *ff. De A. R. D.* Lo cual ilustrará mas la *Fig.* 23. *lám. II.*

Supongamos que el rio ha ido ántes por el álveo *A*, señalado con puntos; despues mudó de curso, y empezó á correr por el álveo *B*, ¿de quién será el álveo *A* que quedó secó? Lo partirán entre sí todos los que poseen los fundos próximos, que son *c. d. e. f. g. h. i. k. l. m. n. o.* Pero la division no será igual, sino que llevarán doble parte los poseedores *l. m. n. o.*, porque tambien son sus campos doble mayores que los de los demas. Una cosa es, cuando el rio inunda mi heredad por cierto tiempo, pues no mudando la inundacion la especie del fundo, tampoco altera el dominio, y por tanto desapareciendo el agua, aquel vuelve á mi poder como ántes, *L.* 7. §. 6. *ff. De A. R. D.* Y otra cosa se dirá si la inundacion es perpetua y despues de largo tiempo vuelven á hacerce nuevos campos, pues entónces es indudable que por el desamparo espiró el derecho del primer dueño, §. 392.

§. CCCLX. [En España se observa la misma doctrina del párrafo anterior, aunque parece habria mas justicia,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

si el cauce abandonado por el rio se repartiera entre los dueños de los campos, por donde se ha abierto un nuevo paso.]

§.CCCLXI-CCCLXVII. Hasta aquí de las accesiones naturales. Siguen las *industriales*, (§. 354.) de las que principalmente hai tres especies; *conjuncion*, *especificacion* y *conmistion*. *Agregacion* es cuando una cosa ajena se une á otra nuestra, ya se haga, 1° por *introduccion*, como si en un anillo mio se engasta una piedra ajena; 2° ya por *soldadura*, como si á mi espada se pega un puño ajeno; 3° ó ya por el *tejido*, como si se entretejen en mis paños hilos de oro ajenos; 4° ó por la *edificacion*, como si se construye con materia mia en suelo estraño, ó vice versa; 5° ó bien *por escritura*, si alguno escribe en papel de otro; ó en fin; 6° por la *pintura*, si pinta alguno en cuadro ajeno.

De todas ellas hai la regla, *lo accesorio sigue á su principal*, y este es aquello por cuyo medio existe otra cosa, §. 354. (1) Luego de aquí se sigue, 1° que son nuestras las cosas que se juntan á otra nuestra por medio de la soldadura, el tejido, etc.; de lo que tenemos ejemplos en la *L.* 29. §. 13. *ff. De aur. arg. L.* 27. *pr. ff. De A. R. D.* §. 26, 27. *Inst. h. t.*, habiendo esceptuado Justiniano solamente un caso, á saber, la pintura; pues aunque creían los antiguos que la pintura era accesorio del lienzo ó papel, *L.* 23. §. 3. *De rei vind.*, se acordó lo contrario

(1) Segun las leyes españoñas el dueño de la parte principal ó superior, no de otra manera adquiere el dominio de la inferior, unida á la otra para su adorno, que si la union se hace por *ferruminacion* es decir, con la misma materia. Porque si esta soldadura fuere hecha con plomo, esto es, con materia de distinto género, entónces la parte menor permanece del que era dueño ántes de la reunion, *L.* 35. *tit.* 28. *Part.* 3. Esceptúase el caso en que uno juntare de mala fe la parte inferior que era suya, á la superior ajena, porque entónces el dominio de la parte inferior se adquiria para el dueño de la mejor por dicha *L.* 35 *vers. Mas si acaeciese;* en el cual no se distingue, si la union fué hecha por ferruminacion, ó por soldadura con plomo

en consideracion á la dignidad y escelencia del arte del dibujo, §. 34. *Inst. h. t.* Pero en los demas vale la regla dada ántes. 2° Lo que se une á nuestra cosa, no puede vindicarse: porque ¿cómo habia de revindicar yo una piedra engastada en el anillo de Pedro, habiendo ya conseguido este en ella el dominio? No obstante, como es injusto que uno se enriquezca con daño de otro, hai otras acciones para que seamos indemnizados, cuando una cosa nuestra se ha agregado á otra ajena. Por esto si el señor de la materia tiene buena fe, puedo obrar por la acciou *ad exhibendum*, *L.* 23. §. 5. *ff. De rei vind.*; ó por la condiccion sin causa, §. 26. *Inst. h. t.* ó por la accion *in factum*, *d. L.* 23. §. 5. *De R. V.* Si tiene mala fe, puedo usar de la accion del hurto, ó condiccion furtiva, §. 26. *Inst. h. t.* En la *edicaficacion* hai cosas singulares, pues interesando á la república que no se afeen con ruínas las ciudades, se previno en las leyes de las XII Tablas, que si alguno edificaba en suelo propio con materia ajena, no se revindicase esta, para que no se destruyese el edificio, sino que se entablase contra el poseedor la accion del duplo de los materiales; y si no hubiese conseguido el duplo, caído el edificio, cada uno puede vindicar su materia ú obrar *ad exhibendum* §. 29. *Inst. h. t.* Mas ¿qué sucede si uno edifica con materia propia en suelo ajeno? Entónces, ó posee ó no el edificio construído. En el primer caso, tiene buena ó mala fe: si posee con buena fe, goza el derecho de retener el edificio, hasta que el señor del terreno le pague el precio de la materia, y hasta que asi lo verifique, puede repeler con la escepcion de dolo malo al que obre contra él: si posee de mala fe, no recibe nada por su materia, y pierde su dominio en pena del dolo, el cual consiste en edificar con mala fe, con todo conocimiento y ciencia cierta, en suelo ajeno, §. 30. *Inst. h. t. L.* 7. §. 12. *ff. De adq. rer. dom.* ¿Y si no posee el edificio edificado con su

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

materia en terreno ajeno? Para este caso no se encuentra ninguna accion en todo el Derecho romano, como mas bien lo notó Hubero *in Præl. Inst.* §. 40. *h. t.* Mas siendo injustísimo que uno se haga rico á costa de otro, con razon se concede en nuestros tribunales al que edifica de buena fe, la accion *in factum*, para conseguir el precio de la materia, *Hub. ibid.*

§. CCCLXVIII y CCCLXIX. Otra de las acciones industriales es la *especificacion*, §. 361, la que se verifica, cuando uno da nueva forma á la materia ajena, por ejemplo, si del oro de otro hace un anillo, de plata ajena un vaso, y de paño de otro un vestido. Mas ha de tenerse presente, que debe resultar algo nuevo, para que haya nueva especie. Por ejemplo, ni el anillo, ni el vaso, ni el vestido existian; luego claramente se ha dado nueva forma á estas materias. Si ya existia la forma, no hai especificacion. Por ejemplo, si uno desgrana las espigas ajenas, no hai nueva especie, porque el fruto se hallaba ya en el grano, como lo observa Cayo, *L. 7. ff. De adquir. r. d.*; aunque Justiniano opina que aún así se hace *especificacion*, §. 25. *Inst. h. t.* De aquí nacia una grande controversia sobre si la nueva especie era del que le daba la forma, ó del señor de la materia. Ciertamente se hacia accesion de la forma á la materia; y los antiguos jurisconsultos disputaban si esta era mas noble que aquella, ó vice versa. Los sabinianos atribuían mas escelencia á la materia, porque sin ella no puede subsistir la forma. Los proculeyanos, al contrario, preferian la forma, porque segun dicen los filósofos, da la esencia á las cosas. Por tanto los sabinianos adjudicaban la nueva especie al dueño de la materia y los proculeyanos al que daba la nueva forma, *L. 7. §. 7. ff. De adq. r. d.*; lei que esplicó con la diligencia que acostumbra Merilio, *Obs. l. 1. c. 21*. Por último puso fin á esta contienda Justiniano, que distinguió si la especie podia reducirse á su primitiva forma, ó no. Si lo primero, quiso que fuese del señor de la materia; si lo segundo, la adjudicó al que le habia dado nueva forma. Por ejemplo, si de oro mio se ha hecho un anillo, me hago dueño de él, porque puede reducirse á su primer ser. Al contrario, si de mi lana se ha tejido paño, al fabricante pertenece la nueva especie, porque el paño no puede volverse al estado de lana. Pero como es injusto que uno se enriquezca á costa de otro, el dueño de la materia y el que formó la nueva especie, tienen respectivamente la accion de conseguir la estimacion de la materia, si el último conserva la especie, ó de resarcir los gastos, si la adquiere el señor de la materia, *L. 23. §. 5. ff. De R. V.*

§. CCCLXX y CCCLXXI. La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*, §. 361. Las cosas que se mezclan, son secas ó líquidas. Las primeras conservan íntegra su sustancia, aún despues de la conmistion, por ejemplo, si el trigo se mezcla con avena; mas la sustancia de las últimas de tal modo se altera uniéndose, que claramente se hace otra diversa; por ejemplo, si se mezcla vino con miel. Aquella se llama propiamente *conmistion*, y esta *confusion*. Una y otra cosa se hacen, ó por voluntad de los dueños de ambas cosas, ó por la de uno solo, ó casualmente. 1° Si la conmistion y confusion se hacen con voluntad de los dueños de ambas cosas, lo que resulta, se hace comun, y se parte entre ellos á proporcion de la cantidad y calidad de la materia. Si, por ejemplo, se mezcla una cántara de vino de las riberas del Rin, de á cuarenta florines, con otra cántara de vino de Francia de á veinte florines, no es dudoso que el dueño del primero debe llevar doble porcion que el del segundo, *L. 7. §. 8. ff. De adq. rer. dom.* 2° Si la conmistion se ha hecho por voluntad de uno solo, entónces cada uno puede vindicar su materia, porque no se han alterado las sustan-

cias, *L.* 5 *pr. ff. De R. V.* Al contrario, la materia confundida, porque muda de sustancia, se hace del que la confunde (1), el cual está obligado á prestar al dueño de la otra materia su estimacion, *L.* 5. §. 1. *ff. eod.* El emperador, respecto del primer caso, se esplica de este modo singular: *no se hace mas comun en estos casos el grano, que si se mezclasen tus rebaños con los de Pedro,* §. 28 *h. t.*: como si fuera igualmente fácil separar las semillas mezcladas, que las ovejas de las cabras. ¡Sutilmente se ha decidido este caso en nuestro Derecho! 3º Si la confusion se ha hecho casualmente, lo que resulta, se hace comun, *L.* 7. §. 9. *ff. De adq. rer. dom.* §. 27. *Inst. h. t.* Si la commistion se hace por caso fortúito, cada uno revindica su materia, §. 28. *Inst, h. t.*; lo cual ciertamente es mui injusto, pues si Juan, por ejemplo, mezcló casualmente mi vino con su azeite ó cerveza, ¿me creeré satisfecho, si se me ofrece en lugar de mi vino la mitad de la mistura? Sin embargo así lo han dispuesto las leyes.

§. CCCLXXII. Resta la tercera especie de accesion, á saber, la mista, § 354, esto es, la que se debe parte al beneficio de la naturaleza, y parte á la industria humana, cuales son *la plantacion, la siembra,* y *la percepcion de frutos.* Y de estas suele preguntarse: 1º si siembro con trigo mio una tierra ajena, ¿de quién será la cosecha? 2º si planto un árbol en los límites de un campo propio y otro ajeno, ó en este solamente, ¿de quien será el árbol y sus frutos? 3º si poseo con buena fe y justo título un fundo ajeno, ¿de quién son los frutos percibidos de él? Pasamos á hablar de cada uno de estos casos.

(1) Segun la *L.* 34. *tit.* 28. *Part.* 3., si la confusion se hace por uno de los dueños sin voluntad del otro, lo que ántes era de cada uno, de cada uno queda sin distincion ninguna.

§. CCCLXXIII, CCCLXXIV y CCCLXXV. Acerca de la siembra y plantacion rige esta regla: *cuanto se planta y siembra, pertenece al señor del suelo, L.* 9. *pr. ff. De adq. rer. dom.* §. 32. *Inst. h. t.*; pues el suelo se considera como principal, y lo que en él se siembra ó planta, como accesorio, este sigue siempre á su principal, §. 354; luego la cosecha y el árbol ó planta son del señor del suelo. Otra es tambien la regla acerca de los árboles puestos en los límites de dos heredades: *el dominio del árbol en la jurisprudencia romana se juzga por la raíz,* §. 36. *Inst. h. t.* Sobre cuyo particular raciocinaban con bastante sutileza los jurisconsultos romanos: los árboles y plantas toman su alimento y jugo vital por las raízes; y como estas se sustentan del suelo en que se estienden, no es dudoso que el señor del árbol es aquel, cuyo es el terreno en que se nutre: luego le pertenecen todos los frutos del árbol. No discurrian tan sutilmente los pueblos de orígen germánico, y no siendo justo desnudar las raízes de los árboles cavando, para que aparezca de qué suelo se alimentan; atendian á lo que está á la vista, á saber, al tronco y á las ramas. Por esto cogemos los frutos de las ramas que se inclinan hácia nuestro fundo, y el vecino los restantes. Veamos en tanto qué conclusiones nacen de estos dos axiomas. 1ª Luego el trigo mio en terreno ajeno, ó el trigo ajeno en terreno mio, son del señor de la heredad; pero de modo que este abone los gastos de la siembra y cultivo, como lo exige la equidad, *L.* 9. *pr. ff. De adq. rer. dom.* §. 32. *Inst. h. t.* 2ª Luego la planta ajena colocada en terreno propio es nuestra; pero no ántes que eche raízes, *L.* 7. §. *últ. ff. De adq. r. d.* La razon está á la vista, pues hasta que el árbol no se arraiga en nuestro suelo, puede arrancarse fácilmente y sin daño alguno, y trasplantarse á otro paraje; y por tanto no habia motivo para que se adjudicase al dueño del suelo.

Por lo demas es justo que al que plantó el árbol, se le abone el precio y gastos que tuvo, para que no se haga uno rico en daño de otro; por lo que se concede la accion útil de los negocios hechos. Del otro axioma salen las conclusiones siguientes: 1ª el árbol colocado en los confines de dos heredades es comun, y los frutos se parten entre sus dueños. Mas una cosa puede ser comun de dos modos, ó *pro indiviso*, siendo cada uno señor *in sólidum*, aunque los frutos se repartan, ó *pro diviso*, de modo que se parta la sustancia, y se adjudique una porcion á uno, y otra á otro; por ejemplo, un predio comun que se divide entre sus dueños comuneros con muros, cercas ó setos. ¿Qué clase pues de comunion hai en un árbol que está entre dos heredades? Miéntras está arraigado, es comun *pro indiviso*; ninguno puede decir: estas ramas son mias, aquellas del vecino: esta parte del tronco para mí, la otra para el vecino, pues solamente se parten los frutos, *L.* 7. §. *últ. ff. L.* 8. *ff. De adq. rer. dom.* Mas desprendido el árbol de la tierra, al punto se hace comun *pro diviso* repartiéndose la leña cortada con igualdad, *L.* 19. *ff. Comm. div.* (1)

(1) « Plantando algun ome árboles, ó poniendo majuelos en la here-
« dad ajena á sabiendas, habiendo mala fe en faciéndolo, luego que
« aquellos árboles ó la viña es raigada, ó se nodresce, ó se cria en la he-
« redad, pierde el señorío de aquello que y plantó. Eso mismo decimos
« que seria, si alguno plantase árboles ajenos en su heredad, ó que
« pusiese y majuelos de sarmientos ajenos, que luego que son raiga-
« dos, gana el señorío dellos, quier aya buena fe, quier mala, en plan-
« tándolos, el que los plantó. Empero tenudo es de dar á aquel cuyos
« eran, la estimacion de lo que valieren. Otrosí decimos, que si algun
« ome plantase algun árbol en su heredad, é despues que lo hobiese y
« plantado, se estendiesen las raizes por heredad ajena de otro alguno,
« cerca desa en que fué plantado, de manera que las principales raizes de
« que se nodresciese, están todas en ella, este gana el señorío del ár-
« bol, magüer estén las ramas del arbol sobre la heredad de aquel que
« lo plantó. Empero si parte de las raizes principales del árbol estu-
« viesen en la heredad de aquel que lo plantó, é la otra parte, en la
« del otro que estuviese acerca della, entónces debe el árbol ser co-
« munal de ambos á dos. » *L.* 43. *tit.* 28. *Part.* 3.

§. CCCLXXVI, CCCLXXVII y CCCLXXVIII. En cuanto á la percepcion de frutos, como tercera especie de accesion mista, se ha de establecer lo que se requiere, para que uno pueda hacer suyos los frutos que provienen de cosa ajena. En primer lugar requieren las leyes *buena fe* (1), que es la seguridad y creencia en que uno está de que es el verdadero dueño de una cosa, *L.* 109. *ff. De V. S.* Y es tan necesaria esta buena fe, que la duda sola parece viciarla; debiendo tambien ser perpetua ó continua, bien al contrario de la usurpacion, donde basta que se tenga al principio, *L.* 48. §. 1. *ff. De adq. rer. dom.* Mas en el poseedor de buena fe, que quiere hacer suyos los frutos, conviene que aquella sea continua, *L.* 23. §. 1. *ff. De adq. rer. dom.*; pues desde el momento que sabe que no es el dueño, y sin embargo se apropia los frutos de la cosa ajena, ya no es poseedor de buena fe, y por tanto no le pertenecen. En seguida se requiere, como hemos dicho, *justo título*, que sea hábil para trasferir el dominio; punto que hemos esplicado en el § 339. Por ejemplo, si yo alquilase á uno una yegua, seria absurdo que quisiese apropiarse el potro, por la razon de que lo poseia justamente y con buena fe. Es cierto que tiene buena fe y justo título, mas no es el que se necesita para trasferir el dominio; porque no alquilamos nuestras cosas, para que el arrendatario se haga dueño de ellas. Últimamente se requiere *posesion*, tomada no en un sentido gramatical,

(1) En España los frutos naturales no se hacen del poseedor de buena fe, segun la *L.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. Pero acerca del que con buena fe posee una heredad que no le pertenece, establece en general la *L.* 4. *tit.* 14. *Part.* 6., que no tiene que dar cuenta de los frutos consumidos, sin distincion ninguna de si se ha hecho ó no mas rico con ellos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sino jurídico. *Poseer* gramaticalmente es retener una cosa, ó mantenerse en ella, y en este sentido tambien el arrendatario posee la cosa arrendada Mas en el sentido jurídico, *poseer* es retener una cosa con ánimo de ser señor de ella; de suerte que para la posesion se requiere (a) la retencion corporal, y (b) la intencion ó designio de tener el dominio de ella. Cuando hablamos aquí de posesion, no la entendemos en el sentido gramatical, que es la llamada *posesion natural;* sino en sentido jurídico, y esta se llama *posesion civil.* Por lo que si concurren estos requisitos, vale entónces la regla de que el poseedor de buena fe se tiene por dueño, miéntras no aparece el que verdaderamente lo es, *L.* 48. *pr. ff. De A. R. D.;* de donde nacen varias conclusiones. Reputándose por dueño al poseedor, es consiguiente, 1° que haga suyos todos los frutos percibidos. Llámanse percibidos desde que se han separado; por ejemplo, los frutos sacados de la tierra, y la manzana cogida del árbol; no entendiéndose ántes de esto que se han percibido, aunque estén maduros. 2° Que para el poseedor de buena fe nada importa que los frutos sean naturales ó industriales, pues percibe unos y otros, como que se le considera señor. Es cierto que se pone por objecion el §. 33. *Inst. h. t.*, donde se dice que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, en atencion á *su cultivo y cuidado* : de donde coligen que aquel no percibe los frutos naturales, sino solamente los industriales, que son los únicos que requieren cuidado y cultivo. Pero aunque es verdad esto respecto al cultivo, tocante al cuidado tambien lo necesitan los frutos naturales. Por ejemplo, el heno nace naturalmente, sin industria alguna, y sin embargo, si no cuida de él el padre de familia, fácimente lo perderá. De suerte que el poseedor de buena fe percibe tambien el azeite y el heno, *L.* 13. *ff. Quibus modis usufr. amitt.*, á pesar de venir

aquel sin cultivo, segun refiere Plinio, *H. nat. l.* 15. *c.* 1.; y del heno lo atestigüe la esperiencia. 3° Que el poseedor de mala fe no adquiere nada, y por tanto tiene que restituir, cuando se presente el dueño, los frutos existentes y percibidos. ¿Por qué razon semejante detentador habria de lucrar con una cosa, que sabe que es ajena, y que posee contra la voluntad de su dueño? Las leyes no favorecen ciertamente el dolo. Por último no sin razon añadimos á nuestra regla la limitacion, de que el poseedor de buena fe es tenido por dueño, miéntras que no aparece el verdadero. De lo que se saca otra conclusion : 4° que el poseedor de buena fe debe restituir al verdadero dueño los frutos existentes, *L.* 22. *C. De R. V.*; entendiéndose por tales los que aún no se han recogido y separado, como la cosecha en la tierra, la fruta en los árboles y las pensiones no vencidas.

§. CCCLXXIX — CCCLXXXIV. Hasta aquí hemos tratado de los modos originarios de adquirir el dominio, como la ocupacion y la accesion : sigue el derivativo, que se llama *tradicion,* §. 341. Como dijimos que el modo de adquirir derivativo era, cuando se trasladaba el dominio de una persona á otra, será ya clara la definicion de la tradicion, que es *un modo de adquirir derivativo* (1), *por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada con justa causa á otro que la recibe.* De donde inmediatamente se derivan los siguientes requisitos ó axiomas de la tradicion : 1° *Pueden entregarse las cosas corporales,* pues estas solamente pueden trasladarse con accion corporal de una persona á otra. Por tanto (a) las cosas incorporales, como los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan ; y esta cuasi tradicion consiste en el permiso del uno, y el ejercicio del otro; como por ejemplo, si quiero cuasi entregar á uno el de-

(1) Véase la *l.* 46. *tit.* 28. *Part.* 3.

recho de cazar, basta que yo se lo permita, y él lo ejecute sabiéndolo yo, *L.* 1. §. *ult. ff. De S. R. P.* Ademas se sigue de aquel axioma, (b) que la tradicion se hace, ó *naturalmente*, ó *simbólicamente*, ó *longa manu*, ó *brevi manu* (1). *Naturalmente* se hace, cuando se traslada corporalmente una cosa á otro que la recibe; por ejemplo, si doi una cosa mueble, pasándola de mi mano á la ajena, ó introduzco á otro en una cosa raiz. Se entrega *simbólicamente*, si en lugar de una cosa entrego los signos que la representan, por ejemplo, las llaves ó instrumentos. Se dice que se entrega *longa manu*, una cosa, cuando se pone ante la vista de uno, de manera que no la alcanza sino con los ojos. Se entrega *brevi manu*, cuando se declara que se quiere dar á uno la cosa que él ya posee; por ejemplo, si habiendo prestado un libro á alguno, se lo vendo despues, y le digo que lo retenga, en cuyo caso es como si se lo entregase. El IIº axioma es, que *las cosas deben entregarse por su dueño*. No pudiendo ninguno dar lo que no tiene, ¿cómo podrá trasladar uno con la tradicion el dominio que no tiene? Luego si recibo con buena fe una cosa del que no es dueño, me hago poseedor de buena fe, pero no dueño de ella, Si sé que no es dueño aquel de quien la recibo, léjos de hacerme dueño de ella, soi poseedor de mala fe, §. 376. Tampoco puede el pupilo trasladar el dominio de sus cosas sin autoridad del tutor, pues aunque sea dueño de ellas, atendida su edad, no se tiene por persona perfecta, §. 298. : luego no puede hacer nada que pueda empeorar su condicion sin la autoridad del tutor, §. 251. : luego ni puede trasladar el dominio por la tradicion; que es lo que se debia demostrar. El axioma IIIº es que *no se traslada el dominio si no acompaña el ánimo de enajenar*; pues es propio del señor de una cosa el

(1) Sobre estos modos de hacerse la tradicion pueden vese las *LL.* 6, 7 *y* 8. *tit.* 30. *Part.* 3.

dictar leyes sobre ella. Por tanto, si establece que solo quiere dar el uso ó custodia de una cosa, el que la recibe no se hará dueño por la tradicion; por ejemplo, si depósito en otro una cosa, ó se la doi prestada en arriendo, ó en prenda, se verifica la tradicion; y no obstante, el depositario, comodatario, arrendatario ó acreedor no se hacen dueños de ella. IVº axioma: *no se adquiere el dominio por la tradicion, sin que preceda un título hábil para trasferir el dominio*. Hemos descrito estos títulos en el §. 189, cuales son la donacion, venta, legado, etc. Pero en la compra y venta hai de singular, que aunque el contrato está perfecto desde el momento de la tradicion, sin embargo no se traslada el dominio hasta que se ha pagado el precio, esceptuando si el vendedor confía en la promesa del comprador, §. 17. *Inst. h. t.*

Por final de este título tan prolijo, todavía hai la cuestion de si se puede hacer la tradicion en persona incierta, ó no; cuyo caso se verifica hoi dia en las coronaciones de los reyes y emperadores, y en otras solemnidades públicas, pues entónces suelen tirarse á la rebatiña monedas de plata y oro. Lo mismo hacian en otro tiempo los cónsules, pretores y otros magistrados mayores; si bien esta licencia, ó mas bien prodigalidad y profusion, fué reprimida despues por la *L.* 2. *C. De cons. et non sparg. pecun. lib.* 12. Los príncipes eran los que ejercian mas de ordinario semejante liberalidad, Suet. *Aug. c. Calig. c.* 18 y *Ner. c.* 11. Siendo así que en esta ocasion se tira el dinero con ánimo de que lo haga suyo el que lo coja, parece que se hace la tradicion en persona incierta; y así determinó Justiniano que podia hacerse, § 45. *Inst. h. t.* Pero si bien lo examinamos, no es esta especie de tradicion, sino de ocupacion, pues el que tira dinero á la rebatiña, lo deja por perdido. Las cosas que se dejan por perdidas, se reputan como si no tuvieran dueño, y estas son del primero

que las ocupa, §. 342. y sigg. Con mas estension hemos esplicado esto en *nuestras notas al Vinio*, §. 45. *Inst. h. t.*

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

§. CCCLXXXV, CCCLXXXVI y CCCLXXXVII. Vuelve Justiniano á las divisiones de las cosas, y esplica la segunda, de que ya hicimos mencion, §. 330. Las cosas son *corporales* ó *incorporales*. Aquellas son las que pueden tocarse; incorporales las que no se pueden tocar, §. *un. Inst. h. t.* Mas se pregunta, qué se pretende con estas definiciones? Se ha de advertir que la mayor parte de los jurisconsultos eran en otro tiempo estoicos. Estos filósofos solian reducir todos los sentidos al tacto, porque nada puede percibirse con un sentido, sin que se verifique al contacto de los órganos sensitivos; por ejemplo, no puedo ver, sin que los rayos de la luz toquen en el ojo, y por él penetren en la retina; no puedo oir, sin que conmovido el aire hiera el tímpano auricular; no puedo gustar, sin que las partículas de la comida toquen en las estremidades de los nervios y fibras de la lengua y paladar, últimamente no percibo el olor de una cosa, sin que sus efluvios afecten las cavidades interiores de la nariz. Por tanto, haciéndose por el contacto todas las sensaciones, juzgaban los estoicos que tambien podian reducirse á solo un sentido, á saber, el tacto. Luego cuando dicen, que cosa corporal es la que puede tocarse, es como si dijeran, que cosa corporal es la que viene á parar en los sentidos, ó se percibe por ellos. Luego todas las cosas materiales son corporales; é incorporales, al contrario, las que consisten en algun derecho; por ejemplo, el de cazar, el de dominio, las servidumbres, las obligaciones, pues todas estas cosas no se

perciben con ningun sentido, aunque sus efectos estén á la vista, y bajo la jurisdiccion de otros sentidos. Con esto puede decidirse fácilmente la cuestion, de si el dinero es cosa corporal, ó no; respondiendo que la misma materia, esto es, el oro, la plata, el cobre sellado, que llamamos dinero, sin duda es corporal, pues se percibe con los sentidos. Mas el valor ó precio interno que se da á la moneda es cosa incorporal, pues no puede verse, oirse, tocarse, ni percibirse con ningun sentido, sino solamente con el entendimiento.

CCCIXXXVIII. Hemos visto qué cosas sean corporales é incorporales: es menester investigar su naturaleza é índole, esto es, qué sea justo acerca de las cosas incorporales, y qué tengan de especial respecto de las corporales. De la misma definicion se infiere, 1° que las cosas incorporales no pueden poseerse (1), pues poseer una cosa es retenerla, introducirse en ella, custodiarla; cosas que no tienen cabida en las incorporales. Pero no obstante, como las cosas incorporales ó derechos son nuestros, se dice que se cuasi poseen, cuando usamos de ellas, ó tenemos facultad de hacerlo. 2° Las cosas incorporales no se entregan, sino que se cuasi entregan, como lo hemos esplicado en el §. 381. 3° Las cosas incorporales no están en dominio, pues siendo este un derecho en cosa corporal (§. 335), no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumdre, la obligacion están en mi dominio. Sin embargo, como los derechos y las obliga-

(1) « Ca las cosas que no son corporales, así como las servidumbres « que han las unas heredades en las otras, é los derechos por que « demanda un ome sus debdas, é las otras cosas que non son corpo- « rales semejantes destas, propriamente non se pueden poseer nin « tener corporalmente; mas usando dellas aquel á quien pertenece el « uso, é consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera « de posesion. » *L.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3.

que las ocupa, §. 342. y sigg. Con mas estension hemos esplicado esto en *nuestras notas al Vinio*, §. 45. *Inst. h. t.*

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES É INCORPORALES.

§. CCCLXXXV, CCCLXXXVI y CCCLXXXVII. Vuelve Justiniano á las divisiones de las cosas, y esplica la segunda, de que ya hicimos mencion, §. 330. Las cosas son *corporales* ó *incorporales*. Aquellas son las que pueden tocarse; incorporales las que no se pueden tocar, §. *un. Inst. h. t.* Mas se pregunta, qué se pretende con estas definiciones? Se ha de advertir que la mayor parte de los jurisconsultos eran en otro tiempo estoicos. Estos filósofos solian reducir todos los sentidos al tacto, porque nada puede percibirse con un sentido, sin que se verifique al contacto de los órganos sensitivos; por ejemplo, no puedo ver, sin que los rayos de la luz toquen en el ojo, y por él penetren en la retina; no puedo oir, sin que conmovido el aire hiera el tímpano auricular; no puedo gustar, sin que las partículas de la comida toquen en las estremidades de los nervios y fibras de la lengua y paladar, últimamente no percibo el olor de una cosa, sin que sus efluvios afecten las cavidades interiores de la nariz. Por tanto, haciéndose por el contacto todas las sensaciones, juzgaban los estoicos que tambien podian reducirse á solo un sentido, á saber, el tacto. Luego cuando dicen, que cosa corporal es la que puede tocarse, es como si dijeran, que cosa corporal es la que viene á parar en los sentidos, ó se percibe por ellos. Luego todas las cosas materiales son corporales; é incorporales, al contrario, las que consisten en algun derecho; por ejemplo, el de cazar, el de dominio, las servidumbres, las obligaciones, pues todas estas cosas no se

perciben con ningun sentido, aunque sus efectos estén á la vista, y bajo la jurisdiccion de otros sentidos. Con esto puede decidirse fácilmente la cuestion, de si el dinero es cosa corporal, ó no; respondiendo que la misma materia, esto es, el oro, la plata, el cobre sellado, que llamamos dinero, sin duda es corporal, pues se percibe con los sentidos. Mas el valor ó precio interno que se da á la moneda es cosa incorporal, pues no puede verse, oirse, tocarse, ni percibirse con ningun sentido, sino solamente con el entendimiento.

CCCIXXXVIII. Hemos visto qué cosas sean corporales é incorporales: es menester investigar su naturaleza é índole, esto es, qué sea justo acerca de las cosas incorporales, y qué tengan de especial respecto de las corporales. De la misma definicion se infiere, 1° que las cosas incorporales no pueden poseerse (1), pues poseer una cosa es retenerla, introducirse en ella, custodiarla; cosas que no tienen cabida en las incorporales. Pero no obstante, como las cosas incorporales ó derechos son nuestros, se dice que se cuasi poseen, cuando usamos de ellas, ó tenemos facultad de hacerlo. 2° Las cosas incorporales no se entregan, sino que se cuasi entregan, como lo hemos esplicado en el §. 381. 3° Las cosas incorporales no están en dominio, pues siendo este un derecho en cosa corporal (§. 335), no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumdre, la obligacion están en mi dominio. Sin embargo, como los derechos y las obliga-

(1) « Ca las cosas que no son corporales, así como las servidumbres « que han las unas heredades en las otras, é los derechos por que « demanda un ome sus debdas, é las otras cosas que non son corpo- « rales semejantes destas, propriamente non se pueden poseer nin « tener corporalmente; mas usando dellas aquel á quien pertenece el « uso, é consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera « de posesion. » *L.* 1. *tit.* 30. *Part.* 3.

ciones nos hacen mas ricos, y no están destituídos de precio, se cuentan en nuestros bienes; sobre cuyo asunto hai un notable pasaje en la *L.* 49. *ff. De V. S.*

§. CCCLXXXIX y CCCXC. Las cosas corporales se subdividen de nuevo en *muebles* y *raízes:* 1° Muebles se dicen, ó bien las que se mueven por sí mismas, como los siervos, los animales, que tambien se llaman *semovientes*, ó las que pueden trasladarse sin detrimento de un paraje á otro, por ejemplo, los carruajes, el ajuar de casa, los libros, etc. 2° Raízes se llaman, bien (a) las que físicamente no pueden moverse, por ejemplo, las tierras, los prados, los edificios; bien (b) las que constituyen parte de las raízes, por ejemplo, las cosas inseparables de los edificios, como las puertas y ventanas; las cuales en nuestro Derecho se llaman cosas fijas, y se oponen á las manuables, *L.* 17. §. 6. *L.* 6. §. 2. *De act. emt. vendit.*; y las que están destinadas para perpetuo uso de los bienes raízes, como los lagares, cubas grandes de vino, y otras cosas de este género.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES DE LOS PREDIOS.

§. CCCXCI. Vistas las cosas corporales é incorporales, sigue la doctrina de las servidumbres. No entendemos aquí por servidumbre aquella de que hemos tratado en el libro I, por la que la persona sirve á la persona, y está sujeta á ella, sino cuando está obligada la cosa; y siendo tal servidumbre un derecho, y perteneciendo estos á las cosas incorporales, no es estraño que al tratado de estas en general siga el de servidumbres.

§. CCCXCII. Es pues la servidumbre un derecho constituído en cosa ajena, por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa, ó no hacerlo en utilidad de otro (1). Decimos, que la servidumbre es un *derecho*, á saber, respecto de aquel que tiene la servidumbre; pues con relacion al que la presta, es una obligacion ó carga. 2° Observamos que la servidumbre es *un derecho in re*: pues arriba en el §. 334 referímos la servidumbre á la cuarta especie de *derecho in re*. Y ciertamente, si tengo algun derecho en los edificios del vecino, no está este obligado, sino su misma cosa, esto es, el edficio. Decimos ademas, 3° que la servidumbre es *un derecho en cosa ajena;* pues nunca la cosa propia sirve á su dueño. Así, por ejemplo, si puedo sacar agua del pozo del vecino, es servidumbre; mas luego que adquiero el predio del vecino, en el que está el pozo se acaba la servidumbre, porque el pozo no está ya en cosa ajena, sino en una que es propia mia. Luego no saco ya el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Tambien conviene saber, si elderecho que tengo en cosa ajena, es perpetuo, ó solo concedido por algun tiempo. En el primer caso es servidumbre, no en el segundo. Por ejemplo, si tomo en arriendo un predio, puedo tambien usar del pozo, y sacar agua de él, y sin embargo de eso no tengo servidumbre. Añadimos, 4° *por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa ó no hacerlo en utilidad de otro;* en lo cual consiste la esencia de la servidumbre, á saber, en *permitir ó no hacer*. Por ejemplo, si tengo derecho de sacar agua del pozo del vecino, este tiene que permitir una cosa, á que

(1) « Propriamente dijeron los sabios. que tal servidumbre como esta es derecho é uso que ome há en los edificios ó en las heredades ajenas para servirse dellas á pro de las suyas. » *L.* 1. *tit.* 31. *Part.* 3.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

en otro caso no estaria obligado; y si consigo del vecino que no levante mas su edificio, se obliga á no hacer una cosa que de otro modo podria como dueño: luego siempre se obliga el que debe la servidumbre, á permitir ó no hacer algunn cosa. Se pregunta, si la servidumbre no puede tambien consistir en hacer algo; lo cual se niega por la *L.* 6. §. 2, *ff. Serv., vind.*, donde dice Ulpiano, *que la servidumbre no puede imponerse de suerte que uno se obligue á hacer alguna cosa.* Á la verdad, si alguno, por ejemplo, prometiese al vecino que le repondria su edificio, no seria servidumbre, sino una obligacion personal, y por tanto, no un derecho *in re*, sino *ad rem*. En cuanto á lo demas de esta definicion, fácilmente se demuestra de cuántas maneras sea la servidumbre. Las *cosas sirven á la personas, ó á otra casa* (1). Si lo primero, la *servidumbre* se llama *personal*; si lo segundo, *real* ó *predial*. Si, por ejemplo, el marido, al tiempo de morir, constituye el usufructo de sus bienes para su mujer, los predios de aquel sirven á esta, y por tanto la servidumbre del usufructo es personal. Al contrario, si la pared del vecino debe recibir mi madero, esta servidumbre es real, porque el predio sirve al predio. Las personales son cuatro: usufructo, uso, habitacion, y el trabajo de los siervos: de las que se tratará en los títulos siguientes. Tambien estas servidumbres se diferencian en el efecto, pues en las personales, sirviendo las cosas á la persona, tambien se estingue con esta la servidumbre; las reales, al

(1) « É son dos maneras de servidumbres. La primera es aquella « que há una casa en otra, é á esta dicen en latin *urbana*. La segunda « es la que há una heredad en otra, é á esta dicen en latin *rústica*. É « aun es otra servidumbre que gana ome en las cosas ajenas para pro « de su persona, é non á pro señaladamente de su heredad, así como « haber el usufructo para esquilmar algunas heredades ajenas, etc. » *L. 1. tit.* 31. *Part.* 3.

contrario, como que la cosa en ellas sirve á la cosa, duran miéntras que existen las cosas, ó los predios, aunque hayan espirado las personas, en cuya utilidad fueron constituídas las servidumbres.

§. CCCXCIII y CCCXCIV. En este título se trata de las *servidumbres reales*, que tambien se llaman *prediales* porque no se constituyen en las cosas muebles, sino en las raízes. Como en ellas sirve siempre el predio al predio el que lléva la utilidad, se dice predio *dominante;* y el que sufre la carga en provecho de aquel, predio *sirviente*. Por ejemplo, si apoyo un madero de mi edificio en el del vecino, mi edificio será dominante, y el del vecino que sufre mi madero, sirviente. La servidumbre siempre recibe el nombre del predio dominante; por lo cual si este predio es rústico, se llamará la servidumbre de *predio rústico*, y si urbano, servidumbre de *predio urbano*. Por tanto se pregunta señaladamente, cuáles son predios urbanos, y cuáles rústicos. El célebre Westembergio juzga que todos los edificios son predios urbanos, y los fundos predios rústicos, probándolo con la lei 198. *ff. De V. S.* Pero en la misma lei se dice que las huertas unas vezes son predios rústicos y otras urbanos, y no obstante las huertas no son edificios, sino fundos. El famoso Noodt, fundado en la *L.* 3. *ff. De servit.*, opina que los predios rústicos radican en el suelo, y los urbanos en la superficie. Mas tampoco esto es claro, pues aquella lei no habla de los predios, sino de las servidumbres, ni dice que consistan las rústicas en el suelo, y las urbanas en la superficie, sino solamente, que unas servidumbres están puestas en el suelo, y otras en la superficie. Por tanto los predios rústicos y urbanos toman su denominacion segun el uso á que se les destina, *L.* 198. *ff. De V. S.*, donde claramente se lee, *que el sitio no hace urbanos á los predios, sino la materia*. Luego si el predio está destinado á

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

los usos económicos de la ganadería ó de la agricultura, se le considera *rústico*, ya esté situado en la ciudad, ya en el campo; y si el predio está destinado á la habitacion y al placer, será *urbano*, bien esté situado en el campo, ó en la ciudad. Por ejemplo, el edificio que habitamos, es urbano, aunque esté construído en la campaña: al contrario, el edificio en que recogemos los frutos, como un granero, se conceptúa rústico, aunque esté colocado en medio de la ciudad. De manera que la huerta cultivada por recreo, es predio urbano, y la en que solamente se planta hortaliza ó frutas, será predio rústico, *L.* 198. *ff. De V. S.*

§. CCCXCV. Con estos antecedentes se entenderán fácilmente los axiomas. Primero *toda servidumbre es en cosa ajena* (1). Cuantas vezes uso de cosa mia, otras tantas lo hago, no por derecho de servidumbre, sino de dominio, por lo que hemos dicho en el § 392. Segundo axioma: *ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en permitir, ó no hacer* (2). Como el dueño puede hacer en sus cosas lo que le agrade, y no está obligado á conceder á otro ningun derecho en ellas, si se obliga á no hacer, ó permitir algo, entónces sirve su cosa. Cuando se obliga á permitir algo, la servidumbre es *afirmativa*; por ejemplo, la de introducir un madero, la de luz, de sostener la carga etc.; mas si se obliga á no hacer alguna cosa, la servidumbre es *negativa*, por ejemplo, la de no impedir la luz, no levantar mas alto, etc. Axioma tercero: *todas las servidumbres son indivisibles* (3), porque las servidumbres son un

(1) « Ca los omes hanse de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre; mas usando de ellas como de lo suyo. » *L.* 13. *tit.* 31. *Part.* 3.

(2) Así se infiere del sentido de las leyes contenidas en el *tit.* 31. *Part.* 3.

(3) « É esto es, porque la servidumbre non se puede partir. » *L.* 9. *tit.* 31. *Part.* 3.

derecho, y este no puede dividirse; así es que no puede concederse la mitad del derecho de senda, carretera etc. Cuarto axioma: *la causa de la servidumbre debe ser perpetua*. La razon es, porque las servidumbres se conceden con el fin de que use de ellas el vecino, cuando guste: es así que si la causa no es perpetua, no puede el vecino usar de ella, siempre que quiera; luego no será servidumbre. Por esto puedo, por ejemplo, conceder á otro el sacar agua del pozo ó fuente, porque el agua es allí perene y perpetua; mas no de la cisterna, donde suele faltar el agua, cuando no llueve. De lo cual tenemos un singular ejemplo en la *L.* 28. *ff. De serv. præd. urb.* donde se pregunta, si concediendo al vecino el tener abierto en mi pared un agujero para lavar su pavimento, será esta servidumbre. Se responde que no, á no ser que éntre por allí agua de lluvia, porque de otro modo la causa no es perpetua.

§. CCCXCVI. Con esto fácilmente podemos entender con qué pacto se constituye la servidumbre; distinguiendo entre el derecho *in re* y *ad rem*. El derecho *ad rem* se puede adquirir, 1° por pacto ó estipulacion, si alguno me promete concederme servidumbre en su cosa. 2° Por última voluntad, si alguno me lega por testamento ó codicilo el derecho de sacar agua, el de luz, senda, etc. 3° Por prescripcion, si uso por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, de algun derecho en cosa ajena. Pero en el primer caso no tengo sino derecho *ad rem*: la persona del promitente ó heredero me está obligada, no la misma cosa, y así es que solo tengo accion personal, no real. Mas si pregunto, por qué pacto adquiero el derecho *in re*; se responde que por la subsiguiente cuasi tradicion. Decimos *cuasi tradicion*, porque la servidumbre es un derecho y por tanto una cosa incorporal; y de consiguiente no se puede entregar propiamente, sino *cuasi entregarse*: la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cual cuasi tradicion se hace por el uso del uno y la tolerancia del otro. Por ejemplo, si se me ha concedido el derecho de sacar agua del fundo del vecino, y yo saco agua para mí, consintiéndolo aquel, entónces se entiende que se me ha entregado la servidumbre, y desde este tiempo tengo un derecho *in re*, y por tanto una accion real contra cualquiera poseedor. No obstante hai una escepcion en la servidumbre constituída por última voluntad, pues en este caso se adquiere el derecho *in re* sin la tradicion, al punto que muere el testador §. 329; y por consiguiente puede pedirse por accion real la servidumbre legada en cuanto muere el testador, §. 80. *ff. De legat. L.* 64. *ff. De furt.*

§. CCCXCVII. No es ya ménos claro, quién está obligado á la reparacion en las servidumbres. Por ejemplo, tengo el derecho de acueducto por el fundo del vecino; las canales se han roto y necesitan componerse; ¿quién debe costear esta reparacion, yo ó el vecino? Se responde, el dueño del predio dominante está obligado siempre al restablecimiento, *L.* 5. §. 1. *ff. De servit.* La razon se deriva de nuestro axioma II°. §. 395, porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en no hacer ó permitir: es así que si reedificase el dueño del predio sirviente, haria algo; luego el del predio dominante está obligado á la reparacion.

§. CCCXCVIII. Por último con el tercer axioma de que la servidumbre es indivisible, fácilmente se resuelve la cuestion de si la servidumbre puede constituirse en parte: lo cual se niega, porque el derecho, como cosa incorporal, no puede admitir division. ¿Quién, pregunto, constituirá á favor de alguno la mitad del derecho de prenda, de la servidumbre de senda, de carretera, de sacar agua? En verdad que ni aún puede entenderse lo que esto significa. Otra cosa es si preguntamos, si el uso de la servidumbre admite division. Esto se afirma, pues puede dividirse el

uso, 1° por razon del modo; por ejemplo, te concedo el paso, mas de suerte que no puedas ir sino con solo un caballo, y no con carro cargado, *L.* 4 §. 1. *ff. De serv.* 2° Por razon del tiempo, concediendo, por ejemplo, el derecho de apacentar los ganados, pero solamente ántes del medio dia, ó un dia sí y otro no, L. 3. §. 1. *ff. h. t.*

§. CCCXCIX, CD y CDI. Basta lo dicho de las servidumbres en genéral: ahora corresponde tratar de cada una de ellas con particularidad. Habiéndolas dividido en servidumbres de predios urbanos y rústicos, se hablará primero de las *servidumbres de los predios urbanos*. Tales son.

I. La servidumbre de *sufrir carga* (*oneris ferendi*), cuando la coluna ó pared del vecino tiene que sostener mi edificio. Por ejemplo (*lám. II, fig.* 24) si la pared A es de Juan, y mio el edificio B, el predio de aquel me presta la servidumbre de llevar el peso. Aquí la principal duda es, acerca de quién está obligado á restablecer la pared ó coluna sirviente. Casi todos los doctores opinan que la reparacion incumbe al dueño del predio sirviente por la *L.* 6. §. 2. *ff. Si serv. vind.*; y repugnándolo lo dicho en el §. 397, suelen llamar á esta servidumbre *anómala*, esto es, irregular. Mas no se infiere esto de dicha L. 6. pues en ella no se pregunta, si ordinariamente está obligado el señor de la pared á su reedificacion, sino si en virtud de pacto se le puede estrechar á ello. Negábalo Galo Aquilio, porque semejante pacto repugna á la naturaleza de la servidumbre. Otros afirmaban que era válido, porque el señor de la pared debe imputarse á sí lo que haya prometido; á mas de que siempre le queda salvo el derecho de abandonar la pared, si no la quiere levantar: lo que ciertamente es mui verdadero. Mas pregunto, ¿quién saca de esto que ordinariamente incumbe la reparacion al dueño del predio sirviente, aunque no lo haya prometi-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

do? Es pues digno de admirarse que hasta varones mui doctos hayan admitido, como de concierto, este error.

§ CDII IIª *La servidumbre de meter una viga* (*tigni immittendi*), otra de las urbanas, es un derecho por el que permite el vecino que metida mi viga en su pared, descanse en ella. Mas en nuestra legislacion no se entiende solamente por viga un madero, sino cualquier materia de que constan los edificios, como piedras, hierro, etc., *L.* 1. §. 1 *ff. De tigno junct. L.* 62. *ff. De V. S.*, donde se manifiesta en qué se diferencia esta servidumbre de la anterior. Por aquella descansa en la pared ó coluna del vecino todo mi edificio, y por esta solamente está introducida una que otra viga.

§. CDIII. IIIª *La servidumbre de volar* (*projiciendi*) es un derecho, por el cual sufre el vecino que pueda yo levantar sobre su área parte de mi edificio, de manera que no descanse en ella, y solo la amenaze. Tales partes que se prolongan y salen fuera del edificio, se llaman en nuestro derecho *mæniana* ó *suggrundia*, esto es, aleros ó canelones, *L.* 242. §. 1. *ff. De V. S.* Tenemos el ejemplo en la *lám II. fig.* 25., donde *A* es la área del vecino Pedro, y *B* es mi edificio, y *C* son los aleros que amenazan la superficie de Pedro; pero no se apoyan en ella.

IVª *La servidumbre de cobertizo* (*protegendi*) es el derecho de tener una galería ó pasadizo cubierto, dirigido á arrojar las aguas, é impedir que se maltraten las paredes. En la *lám. II fig.* 26. *A* es la área del vecino, *B* mi edificio y *C* el cobertizo.

§. CDIV. Vª La servidumbre de *recibir las aguas de los tejados* (*stillicidii recipiendi*) es el derecho por el cual el predio vecino está obligado á recibir las aguas que caen de nuestros tejados.

VIª *La servidumbre de no recibir aguas de los tejados* (*stillicidii non recipiendi*) tiene lugar, cuando permiten los

estatutos que caiga el agua de los tejados en el fondo del vecino; pero sin embargo este tiene derecho á prohibírmelo. Por ejemplo (*lám. II, fig.* 27.) *A* es la área del vecino, *B* el tejado de donde caen mis aguas. Si el vecino está obligado á sufrirlo, tengo la servidumbre de recibir las aguas del tejado; al contrario, si por las leyes de policía se me permitiese verter las aguas de mi tejado *B*, sobre la área *A* del vecino, y este sin embargo pudiese prohibírmelo, fuera esta servidumbre de no recibir aguas. Por tanto fácilmente entenderemos cuál es la servidumbre VIIª de *recibir las aguas del canelon del tejado* (*fluminis recipiendi*), y la VIIIª, *de no recibirlas* (*non re ipiendi*); pues el agua de las tejas y la de los canelones, se diferencian en el mas ó el ménos. La primera es agua que cae destilando, y gota á gota; la segunda cae recogida en grandes canales. La primera cae con pausa y poco á poco, la segunda con ímpetu.

§. CDV. IXª *La servidumbre de no levantar mas alto* (*altus non tollendi*) es un derecho por el cual el vecino, para comodidad de mi edificio, se obliga á no levantar mas alto el suyo. El uso de ella es especialmente si recibo la luz por las ventanas *A* (*lám.* II, *fig.* 28.), las cuales quedarian á oscuras, si el vecino levantase su edificio *C*.

Xª Al contrario es la servidumbre de *levantar* (*altius tollendi*) la mas difícil de todas de comprender, pues levantar cuanto quiera mi edificio, es cosa que pertenece á mi libertad natural. Y si por la libertad natural se me permite elevar mi edificio cuanto guste, es consiguiente que no necesito alcanzar servidumbre del vecino. De aquí es que juzga Pagenstechero, que esta servidumbre existe, cuando tengo derecho de levantar mi casa, cargándola sobre la del vecino, como se demuestra en la *lám.* II, *fig.* 29, suponiendo que sea *A* la casa del vecino, *B* la mia y *C* la parte de mi casa, cargada ó levantada encima

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de la del vecino, Pero sin duda se equivoca en esto aquel esclarecido varon, pues si yo puedo trabar los cuartones de mi edificio sobre el del vecino, no es servidumbre de levantar mas alto, sino de sufrir la carga. Luego parece mas probable la opinion de aquellos que suponen, que por las ordenanzas de la poblacion se prohibe levantar los edificios mas que á cierta estension sin la voluntad del vecino; en cuyo caso, si este me permite elevar mi edificio mas que lo que la lei me concede, entónces tengo la servidumbre de edificar mas alto. Y ciertamente que semejantes estatutos los hubo antiguamente en Roma y Constantinopla, como se ve en nuestras *Ant. rom. l.* 2.*t.* 3. §. 7.

§. CDVI. XIª Sigue la *servidumbre de luzes* (*luminum*), y tambien, XIIa la *servidumbre de no quitar la luz* (*ne luminibus officiatur*). Para entender lo que son estas servidumbres, se han de tener presentes dos cosas: 1a que ninguno puede abrir ventanas mas que en su pared; y 2ª que cualquiera puede ciertamente abrir en su pared las ventanas que guste; mas tambien se le permite al vecino quitarles la luz edificando, *L.* 8. §. 5. *Si serv. vind. L. ult.* §. *ult. De servit.* Si pues consigo de mi vecino el abrir ventanas en su pared, tengo la servidumbre de luz; si en mi pared tengo ventanas que caen á la área del vecino, y este me promete no quitarles la luz edificando, esta servidumbre se llama de no impedir la luz.

§. CDVII. Son diferentes de estas la servidumbre XIIIª *de la vista* (*prospectus*), y la XIVª, *de no impedir la vista* (*ne prospectui officiatur*). La primera es cuando se me permite mirar á la área del vecino, ó por medio de ella á un lugar mas lejano. Si no solamente se me permite esto, sino que me promete el vecino no quitarme las vistas, esta servidumbre se llama de no impedir la vista. Por tanto hai gran diferencia entre la servidumbre de la luz y de la vista, pues 1° en la servidumbre de la luz,

pueden estar cerradas las ventanas, y en la de la vista deben estar abiertas. 2° En aquella se requiere la contigüidad de los predios; esta puede constituirse tambien por un vecino lejano. 3° Los árboles plantados delante de las ventanas, y á su altura, no perjudican á la servidumbre de la luz, mas impiden la de la vista. Véase la *L.* 12. *ff. De serv. urb. præd.*

§. CDVIII-CDX. Hasta aquí he tratado de las servidumbres de los predios urbanos. Siguen las de los *predios rústicos*, de las que son tres las principales: 1ª senda ó camino peonil (*iter*), 2ª camino de herradura (*actus*), 3a carretera (*via*). Todas convienen en que dan derecho de atravesar por el fundo ajeno; sin embargo se diferencian 1° en el uso. Si tengo la servidumbre de senda, puedo transitar y pasear á pié, mas no llevar caballería ni carretoncillos, *L.* 1. *pr. De serv. præd. rust.* Si tengo la de camino de herradura, puedo transitar y pasear, llevar caballería y carretoncillos; pero no las demas especies de carruajes. Si tengo la de camino carretero, puedo pasar con cualquier clase de carruajes. Algunos creyeron que no habia ninguna diferencia entre las servidumbres de *actus* y *via*, puesto que en una y otra se podian llevar carruajes; mas Cornel. van Bynkersh. *Observ.* 4. fué el primero que distinguió con cuidado, que en la definicion del camino de herradura debe entenderse carros que se gobiernen con la mano; y en la de carretera toda clase de carruajes. Tambien se diferencian estas servidumbres 2° en su anchura. El que tiene la de carretera, puede usar de ocho piés en lo recto, y diez y seis en los recodos; y tanta altura, que pueda conducirse sin impedimento una lanza levantada, esto es, un carro cargado; de manera, que si hubiese allí árboles cuyas ramas impidiesen el trasporte, puede el poseedor del predio dominante cortarlas hasta cierta elevacion, *L.* 7. §. 8. *ff. eod.* El camino de herra-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dura tenia de ancho cuatro piés; lo cual sabemos por Varron *De L. L.* 1. 4. En cuanto á la senda, no consta hoi cuánta anchura tenia; pero es verosímil que fuese de dos ó tres piés. Últimamente 3.° se diferencian estas servidumbres en su mutua relacion. El que tiene la de carretera, goza ademas de la de camino de herradura, y de la de senda; el que tiene el camino de herradura, usa de la de senda, pero no de la de carretera; y el que tiene la de senda, no goza de la del camino de herradura, ni de la de carretera. La razon se halla en la *L.* 21. *ff. De R. J.*: *á quien se permite lo mas, no debe negársele lo ménos.*

§. CDXI y CDXII. Las demas servidumbres de predios rústicos se entenderán por sus mismos nombres. Así 4ª la servidumbre de *sacar agua* es, cuando tenemos derecho de sacar agua de la fuente ó pozo del vecino. 5ª La de *acueducto*, cuando podemos conducir el agua del fundo vecino, ó por fundo ajeno. 6ª La de *abrevadero*, cuando gozamos el derecho de llevar á beber nuestros ganados á las aguas del vecino. 7ª La de *apacentar*, cuando podemos llevar á pacer nuestros ganados en los campos del vecino. Luego no es servidumbre sino *derecho comun de apacentar*, si dos ó mas se convienen en apacentar juntos sus ganados en terrenos que hacen comunes, pues este derecho es precario y revocable, cuando el de apacentar es irrevocable, por ser servidumbre. 8ª La de *cocer cal*, cuando sacamos del terreno ajeno piedras calizas, 9ª La de *cavar arena*, cuando se me permite sacarla del terreno del vecino. 10ª La de *sacar greda*, si puedo hacerlo en fundo ajeno. De modo que pueden ser infinitas las servidumbres de los predios rústicos, segun la diversa índole de las cosas rústicas, y la necesidad de cada dueño; debiendo ademas observarse que en las servidumbres de los predios rústicos se han de examinar con cuidado los pactos con que se constituyen. Pues si, por ejemplo, concedo al

predio del vecino sacar agua, será servidumbre predial; y si se lo permito á la persona del vecino, será la servidumbre personal. En el primer caso el derecho estará perpetuamente inherente al predio; en el segundo espirará con la persona, igualmente que el usufructo, el uso y la habitacion. Y así vemos se observa en la *L.* 14. § *ult. ff. De alim. legat.*

§. CDXIII. Resta ver cómo se acaban las servidumbres; porque si bien considerada su naturaleza, no son un derecho momentáneo, sino perpetuo, como todos los derechos *in re*, §. 333., sin embargo puede suceder por algun accidente que se concluyan. Lo cual se verifica, 1.° por *consolidacion* (1), que es cuando el señor del predio sirviente y dominante llega á ser uno mismo. Entónces ciertamente se estingue la servidumbre, por el principio que hemos esplicado en el §. 392., de que las cosas no pueden servir á su dueño. Tambien da fin 2.° con la *remision* (2). Pues constituyéndose la servidumbre para utilidad del predio dominante, §. 392., y pudiendo cada uno renunciar al derecho introducido en su favor, es consiguiente que si renuncia el poseedor del predio dominante á su derecho, cese la servidumbre. 3.° Por el

(1) « La otra manera por que se pierde (*la servidumbre*) es esta: así « como cuando aquel, cuya es la cosa que debe la servidumbre, compra la otra á quien la debe; ó gana el señorío della de otra guisa; « ó aquel cuya es la cosa á quien debia la servidumbre, compra la « otra en que la habia ganada. Ca por razon de la compra, por que « se ayunta la una cosa á la otra en un señorío, piérdese la servi« dumbre. » *L.* 17. *tit.* 31 *Part.* 3.

(2) Perderse podrian aun las servidumbres en dos maneras, sin « aquellas que desuso dijimos. La una es quitándola el señor de « aquella cosa á quien debian la servidumbre, si fuere toda suya; « mas si a casa ó á heredad de muchos debiesen la servidumbre, non « la puede el uno tan solamente quitar sin otorgamiento de los otros. » *L.* 17. *tit.* 31. *Part.* 3.

no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (1). Debiendo observarse esto universalmente en todos los derechos que pueden adquirirse y perderse con la prescripcion. Mas hai algo de singular en las servidumbres de los predios urbanos; y es, que en ellos no basta solamente el no uso, sino que el otro debe tambien usucapir la libertad. Así, por ejemplo, si tengo el derecho de meter una viga en la pared del vecino, y mi edificio se arruina con un incendio, no basta para perder la servidumbre que en diez años no meta yo la viga, sino que debe tambien el vecino cerrar el agujero. Y si entónces yo callo por diez años, pierdo la servidumbre, *L.* 6. §. 7. *De serv. urb. præd.* 4º Se estingue tambien la servidumbre *pereciendo el predio sirviente.* Porque siendo derecho *in re*, §. 392., es consiguiente, que estinguida la cosa, espire tambien el derecho fundado sobre ella. Con todo, restituido el predio á su antigua forma, tambien revive la servidumbre, á no ser que en-

(1) « Pereza habiendo los omes en non querer ellos usar nin otri en « nome dellos de las servidumbres que hobiesen ganadas, puédenlas « perder por ende. Pero departimiento há en esto entre aquellas que « pertenecen á los edificios é las otras que pertenecen á las heredades. Ca si algun home hobiese servidumbre en casa de otro que « pueda tener viga metida en su pared, ó haber finiestra en ella, por « do entre la lumbre á su casa, tal servidumbre como esta, ó otra se« mejante della se puede perder por diez años, non usando della aquel « á quien pertenece, estando en la tierra, ó veinte, seyendo fuera. É « esto se entiende, si aquel que debia la servidumbre, tirase la viga de « su pared, ó cerrase la finiestra por do entraba la lumbre, ó embar« gase la servidumbre en otra manera á buena fe, cuidando que ha« bia derecho de lo facer. Ca si él non embargase así la servidumbre, « magüer el otro non usase dellas en este tiempo sobredicho, non la « perderia por ende. » *L.* 16. *tit.* 31. *Part.* 3. Las servidumbres rústicas se perderán por no uso de veinte años sin distincion entre presentes y ausentes, si consistieren en hechos positivos por parte del dominante; de lo contrario, por trascurso de tiempo inmemorial.

tretanto se haya quitado por la prescripcion, *L.* 20. § 2. *ff. De serv. urb. præd.*; por ejemplo, quemado el predio, en cuya pared está metida mi viga, concluyó la servidumbre. Mas si el vecino reedifica el predio, puedo volver á meter la viga, á no ser que en el ínterin haya perdido el derecho por la prescripcion.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

§. CDXIV, CDXV y CDXVI. Dijimos en el §. 392., que en toda servidumbre servian las cosas; que si estas servian á la persona, se llamaban las servidumbres personales, y que tales eran el usufructo, el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos; pero que si la cosa servia á otra cosa, la servidumbre se llamaba real ó predial. De estas se ha tratado ya en el título 3º; luego corresponde ahora hablar de las personales; y con efecto del usufructo se tratará en el título 4º, y del uso, la habitacion y los trabajos de los siervos en el título 5º. En la *L.* 1. *ff. h. t.* se describe el *usufructo*, diciendo que es *el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas sin destruir su sustancia* (1). Esta definicion deja mucho que desear á los eruditos, pues dicen que es definir lo mismo por lo mismo, y que tanto sabemos con la palabra usufructo, como oyendo en la definicion, derecho de usar y disfrutar; pero en realidad la definicion es mui buena, con tal que ántes se

(1) « É decimos que la persona del ome en tres maneras puede ha« ber tal servidumbre en las cosas ajenas. La primera es, cuando un « ome otorga á otro para en toda su vida, ó á tiempo cierto, el usu« fructo que saliere de algun heredamiento ó de alguna su casa, ó de « sus siervos, ó de sus ganados, ó de otras cosas de que pudiese sa« lir renta ó fruto. » *L.* 20. *tit.* 31. *Part.* 3.

no uso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes (1). Debiendo observarse esto universalmente en todos los derechos que pueden adquirirse y perderse con la prescripcion. Mas hai algo de singular en las servidumbres de los predios urbanos; y es, que en ellos no basta solamente el no uso, sino que el otro debe tambien usucapir la libertad. Así, por ejemplo, si tengo el derecho de meter una viga en la pared del vecino, y mi edificio se arruina con un incendio, no basta para perder la servidumbre que en diez años no meta yo la viga, sino que debe tambien el vecino cerrar el agujero. Y si entónces yo callo por diez años, pierdo la servidumbre, *L.* 6. §. 7. *De serv. urb. præd.* 4º Se estingue tambien la servidumbre *pereciendo el predio sirviente.* Porque siendo derecho *in re*, §. 392., es consiguiente, que estinguida la cosa, espire tambien el derecho fundado sobre ella. Con todo, restituido el predio á su antigua forma, tambien revive la servidumbre, á no ser que en-

(1) « Pereza habiendo los omes en non querer ellos usar nin otri en « nome dellos de las servidumbres que hobiesen ganadas, puédenlas « perder por ende. Pero departimiento há en esto entre aquellas que « pertenecen á los edificios é las otras que pertenecen á las heredades. Ca si algun home hobiese servidumbre en casa de otro que « pueda tener viga metida en su pared, ó haber finiestra en ella, por « do entre la lumbre á su casa, tal servidumbre como esta, ó otra se« mejante della se puede perder por diez años, non usando della aquel « á quien pertenece, estando en la tierra, ó veinte, seyendo fuera. É « esto se entiende, si aquel que debia la servidumbre, tirase la viga de « su pared, ó cerrase la finiestra por do entraba la lumbre, ó embar« gase la servidumbre en otra manera á buena fe, cuidando que ha« bia derecho de lo facer. Ca si él non embargase así la servidumbre, « magüer el otro non usase dellas en este tiempo sobredicho, non la « perderia por ende. » *L.* 16. *tit.* 31. *Part.* 3. Las servidumbres rústicas se perderán por no uso de veinte años sin distincion entre presentes y ausentes, si consistieren en hechos positivos por parte del dominante; de lo contrario, por trascurso de tiempo inmemorial.

tretanto se haya quitado por la prescripcion, *L.* 20. § 2. *ff. De serv. urb. præd.*; por ejemplo, quemado el predio, en cuya pared está metida mi viga, concluyó la servidumbre. Mas si el vecino reedifica el predio, puedo volver á meter la viga, á no ser que en el ínterin haya perdido el derecho por la prescripcion.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

§. CDXIV, CDXV y CDXVI. Dijimos en el §. 392., que en toda servidumbre servian las cosas; que si estas servian á la persona, se llamaban las servidumbres personales, y que tales eran el usufructo, el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos; pero que si la cosa servia á otra cosa, la servidumbre se llamaba real ó predial. De estas se ha tratado ya en el título 3º; luego corresponde ahora hablar de las personales; y con efecto del usufructo se tratará en el título 4º, y del uso, la habitacion y los trabajos de los siervos en el título 5º. En la *L.* 1. *ff. h. t.* se describe el *usufructo*, diciendo que es *el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas sin destruir su sustancia* (1). Esta definicion deja mucho que desear á los eruditos, pues dicen que es definir lo mismo por lo mismo, y que tanto sabemos con la palabra usufructo, como oyendo en la definicion, derecho de usar y disfrutar; pero en realidad la definicion es mui buena, con tal que ántes se

(1) « É decimos que la persona del ome en tres maneras puede ha« ber tal servidumbre en las cosas ajenas. La primera es, cuando un « ome otorga á otro para en toda su vida, ó á tiempo cierto, el usu« fructo que saliere de algun heredamiento ó de alguna su casa, ó de « sus siervos, ó de sus ganados, ó de otras cosas de que pudiese sa« lir renta ó fruto. » *L.* 20. *tit.* 31. *Part.* 3.

entiendan bien las vozes. *Usar* y *disfrutar* se diferencian entre los latinos; y tambien *usar* y *abusar*. *Usar* es percibir de una cosa solamente lo necesario; mas *disfrutar* es percibir cuanto proviene de una cosa, ya sea de necesidad, de utilidad ó deleite, como aparece del elegante pasaje de Séneca *De vitâ beatâ*, *c.* 10 : « Tú disfrutas los placeres, yo uso de ellos. » El sentido es, tú buscas todos los placeres, aún aquellos que no son necesarios para reparar las fuerzas; yo solamente los gozes honestos, en cuanto me son necesarios. Donato, comentando el prólogo del *Andria* de Terencio, manifiesta en qué se diferencian *usar* y *abusar*; á saber, *usar* es percibir las utilidades de una cosa, sin destruir su sustancia; *abusar* es percibirlas de modo que se consuma la cosa. Por ejemplo, si habito una casa ajena, verdaderamente uso de ella, porque se conserva ilesa la sustancia del edificio : si en el sitio de una ciudad ocupan los soldados los edificios, los llenan de tierra, y colocan en ellos máquinas de guerra, este no es uso, sino abuso. Así tambien el deudor usa del dinero ajeno, y abusa del vino de otro. Con esto fácilmente entenderemos ya por partes la definicion. El usufructo 1° es un *derecho*, y ciertamente derecho *in re*, como servidumbre, §. 302. 2° Derecho de *usar y disfrutar*, pues el usufructuario percibe todo lo que produce la cosa, bien sea de necesidad, utilidad ó deleite. 3° Usa y disfruta de *las cosas ajenas*, porque es servidumbre, y la cosa no puede servir á su dueño. Á la verdad tambien usa y disfruta el señor de sus cosas, cuyo usufructo se llama *causal*; mas este no es servidumbre, ni tratamos aquí de él, sino del *usufructo formal* que se constituye en las cosas ajenas. De aquí es que constituído este usufructo, siempre concurren dos personas; á la una pertenece el dominio de la cosa, y se llama *propietario*; á la otra el usufructo de ella, por lo que se nombra *usufructuario*. Se añade, 4° que debe

usarse y disfrutarse *sin destruir la sustancia de la cosa*; pues de otro modo no seria uso, sino abuso, por lo que se ha dicho poco ántes acerca de la diferencia entre estos términos. Y aún seria inútil el dominio al proprietario, si el usufructuario pudiese consumir la misma cosa.

§. CDXVII. Fácilmente pues se manifiesta por esta definicion, qué frutos percibe el usufructuario. Debe tenerse presente este axioma : *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe, como sean ordinarios*. Siendo los frutos naturales, ó industriales, y proviniendo aquellos absolutamente de la naturaleza, como las crias de los animales, el heno etc.; y estos mediante el trabajo é industria del padre de familia, como los granos y las frutas; se pregunta, 1° ¿percibe el usufructuario los frutos de ambos géneros? Todos sin distincion, porque el usufructo es el derecho de usar y disfrutar; y usar y disfrutar abraza uno y otro género de frutos. Oponen el §. 35. *Inst. De rer. div.*, donde se dice, que los frutos se perciben por el cultivo y cuidado, coligiendo de aquí, que el usufructuario solo debe hacer suyos los industriales; pero esta duda la deshicimos en el §. 377. Ademas, 2° suele preguntarse, ¿hace suyo el usufructuario el tesoro hallado en el fundo que disfruta? Se responde, que no por la *L.* 7. §. 12. *ff. Solut. matr.*; pues segun nuestro axioma el usufructuario solo percibe los frutos ordinarios, entre los que no se cuenta el tesoro; porque no tenemos las tierras y prados para buscar en ellos tesoros, sino para cultivarlos. Se pregunta, 3° puede el usufructuario arrendar el predio que disfruta? Sí, porque lo que uno tiene, puede trasmitirlo á otro, y no le importa al propietario que use de él el mismo usufructuario, ú otro á su nombre, con tal que conserven su cosa. Luego tambien puede vender los frutos, pues son suyos; mas no ceder su derecho, porque espira con su persona;

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

y mucho ménos vender la cosa que disfruta, la cual pertenece al propietario.

§. CDXVIII. Tambien entenderemos ya fácilmente, si el usufructuario puede disponer libremente de la cosa, y de qué manera. Segun nuestra definicion se ha de usar y disfrutar la cosa *sin destruir su sustancia;* y esta se altera, si se muda su forma. Luego 1° se signe, que el usufructuario no puede hacer variacion en ella, aún cuando sea para mejorarla, *L.* 13. §. *pen. L.* 44. *ff. h. t.* Así, por ejemplo, no puede hacer de prados tierras, ni de campos estanques; en los edificios no puede hacer de una tienda una habitacion ó dormitorio, aunque parezca que será útil al propietario. Del mismo principio, de que se debe usar y disfrutar sin destruir la cosa, se sigue, 2° que el usufructuario está obligado á la reparacion de la cosa. Ciertamente si el que tiene el usufructo de algun edificio, no le reparase, se destruiria; luego está obligado á la reparacion, *L.* 7. §. 2, 3. *ff. eod.* Pero esto debe entenderse de los pequeños reparos necesarios para que dé frutos la cosa, como se dice en esta misma lei; de aquí es que si estuviese mui arruinado el edificio, y no pudiese restablecerse sin grandes gastos, debe costearlos el propietario. Tambien 3° colegimos, que el usufructuario debe usar y disfrutar la cosa, como buen padre de familia; el cual usando de sus cosas, no las destruye, y si las deteriora algo, al punto las restablece : luego lo mismo debe hacer el usufructuario; y por tanto, si tiene el usufructo de un rebaño, debe cubrir la falta de las cabezas muertas con las crias, y plantar las vides que se pierdan en las viñas, *L.* 38. *Inst. De rer. divis.* Del modo como acostumbran á usar de los bienes muebles, vestidos y otras cosas semejantes, los buenos padres de familias, hai ejemplo en la *L.* 15. §. 1. *ff. h. t.* Últimamente, del mismo fundamento se deduce, 4° que el usufructuario debe prestar caucion

al propietario, pues debiéndosele conservar á este la sustancia de la cosa, §. 416, no tendrá seguridad de ello, si no se le presta caucion; y ciertamente debe el usufructuario hacerlo, dando fiadores, 1° de que usará y disfrutará con el juicio de un buen varon, y 2° que concluído el usufructo, restituirá la cosa íntegra, *L.* 1. *ff. Usufr. quemad. cav.* Esta caucion es tan necesaria y justa, que si bien el propietario puede renunciar á ella, porque está introducida en su favor, *L.* 7. *fin. ff. De L. falcid*, no sucede lo mismo con el testador que deja á uno un usufructo, *L.* 1. *C. De usufr.* Y así es que si el usufructuario no puede encontrar fiadores, tampoco toma posesion de la cosa dada en usufructo, sino que se entrega la cosa al heredero, ó á otro tercero que afianze, mas con la condicion de entregar los frutos al usufructuario, *Gail. Obs. II.* 47. Sin embargo cesa esta caucion en el usufructo constituído por la lei, *L. últ.* §. 4. *C. De bon. quæ lib.* De aquí es que, aunque el padre tiene el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos ó hijas, no presta á estos caucion, porque este usufructo lo concede la lei, y porque seria inicuo que el hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

§. CDXIX. Ahora se pregunta, ¿en qué cosas puede constituirse el usufructo? Esto tambien se manifiesta en la definicion, pues debiéndose usar y disfrutar de la cosa sin destruir su sustancia, § 416, es evidente, que solo puede constituirse aquel en las cosas no fungibles. Conviene saber, que los jurisconsultos dividen las cosas en *fungibles*, que constan de número, peso y medida; esto es, que se compran, venden y entran en los contratos por número, peso y medida; y *no fungibles*, que no se estiman segun su número, peso y medida. Pero siendo estas definiciones un poco oscuras, procuraremos manifestar mas claramente la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles. Se diferencian, 1° en que las cosas fungibles no

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prestan ningun uso, si no se consumen; por ejemplo, el vino, el pan, el trigo; y de las no fungibles podemos usar sin destruirlas, por ejemplo, de una tierra, un prado, etc. 2º En las cosas fungibles es lo mismo otro tanto de la misma especie, por ejemplo: si me has dado cien duros, y yo te vuelvo otros tantos, te he satisfecho, aunque no recibas los mismos; y en las no fungibles no es lo mismo otro tanto. De aquí es que si te presto un libro y me vuelves otro de igual tamaño y calidad, no me has satisfecho todavía, sino que debes darme el mismo que te entregué. 3º Las cosas fungibles no admiten precio de afeccion, por ejemplo: un doblon, aunque me lo haya dado el rei, no es de mayor precio que otro recibido de un patan; mas las cosas no fungibles admiten un precio de afeccion. Así por ejemplo, un libro de veinte florines puede ser para mí de mas estimacion que otro de ciento, por haberlo recibido del rei ó de mi padre, y ser un monumento de la la gracia del rei. Si pues preguntamos ya, de qué cosas podemos tener usufructo, se responderá, que de las no fungibles, porque son las únicas que no se consumen con el uso, y el usufructo es el derecho de usar y disfrutar, conservando la sustancia de la cosa. Por esto seria absurdo el usufructo de mi vino concedido á Pedro; pues si usaba este del vino, ¿qué utilidad me prestaria la propiedad del mismo vino? Con todo, por un senadoconsulto se inventó el *cuasi usufructo*, el que tiene lugar aún en las cosas fungibles, con tal que preste caucion el usufructuario, de que acabado el usufructo restituirá otro tanto en el mismo género. Luego si tengo el cuasi usufructo del vino, puedo consumirlo, como dé caucion de que concluído el usufructo del vino, á saber, despues de mi muerte, he de restituir otro tanto de la misma calidad, §. 2. *Inst. h. t.* Podria creer alguno que este cuasi usufructo no se diferencia en realidad del mutuo; porque ¿qué mas importa que

dé dinero prestado, ó que lo conceda en usufructo? Pero se responde que hai mucha diferencia entre el mutuo y el cuasi usufructo, pues 1º en aquel pueden prometerse usuras, y en este no. 2º En el mutuo no se exige caucion, y sí en el usufructo. 3º Lo prestado puede pedirse en el momento que quiera el acreedor, á no ser que se haya fijado el tiempo en que se ha de pagar; mas el cuasi usufructo dura por los dias de la vida, pues es servidumbre personal. Suele aquí preguntarse, si el usufructo que se concede de los vestidos, es verdadero ó cuasi usufructo; sobre lo que parece ciertamente que las mismas leyes no están de acuerdo. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice que en los vestidos se constituye cuasi usufructo; al contrario en la *L.* 15. §. 4 *ff. Usuff quemad. cav.*, se espresa, que tambien se constituye verdadero usufructo en los vestidos. De aquí el grande afan de los doctores para conciliar á Justiniano consigo mismo. La mayor parte distinguen si el vestido se usa todos los dias, ó solamente en los dias solemnes ó de fiesta. En aquellos dicen que hai cuasi usufructo, porque se consumen con el uso; en estos un verdadero usufructo, porque están mas tiempo sin romperse; pero estas mas bien son sutilezas que verdades: una cosa y otra puede conciliarse. Hai verdadero usufructo en los vestidos, cuando de tal modo legó su usufructo el testador, que quiso se restituyeran, como están, concluído el usufructo. Al contrario, hai cuasi usufructo en los vestidos, si quiere el testador, que acabado el usufructo, se restituyan unos vestidos semejantes, ó su estimacion; y en estos términos se presta la caucion. Advirtió esto el señor Pagenstechero, *Aphorism. ad Inst. h. t.*

§. CDXX. Se pregunta tambien, si tiene algunas cargas el usufructuario. Siempre consideraron los romanos que era justo, que el que percibe las utilidades, sufra tambien las cargas. Habiendo pues manifestado poco ántes en el

§. 418, que el usufructuario percibe todos los frutos y utilidades de la cosa ajena, nada mas justo que tambien sufra las incomodidades afectas á ella; y siendo tales las cargas y tributos ó impuestos que se pagan por las cosas al fisco ó erario, con razon corresponde al usufructuario el sufrirlos, *L.* 7. §. 2. *ff. De usufruct.* Pero es manifiesto que esto debe entenderse de los tributos y cargas impuestas á la cosa que se disfruta; pues si las cargas son personales, como los censos por cabeza, no los tiene que pagar el usufructuario, sino que está obligado el propietario.

§. CDXXI. Hasta aquí hemos visto la naturaleza é índole del usufructo; resta saber, cómo se constituye y acaba (1). Lo primero se dice en este párrafo, y lo último en los siguientes. El usufructo se constituye, ó por la *lei*, ó por el *juez*, ó por el *dueño*. I° Por la *lei*, siempre que las leyes disponen que tengamos usufructo, ó en estas, ó en las otras cosas: así, 1° mandan las leyes que competa al padre el usufructo en los bienes adventicios de los hijos, *L.* 6. *C. De bon. quæ lib.* 2 Las leyes disponen, que si el cónyuge pasa á segundas nupcias, solo tenga el usufructo en los bienes que recibió del primer cónyuge, *L.* 3. *L.* 5. *C. De secund nupt.* En muchas partes está admitido, 3° que el marido durante el matrimonio, perciba el usufructo de los bienes parafernales de la mujer; lo cual prueban con la *L.* 9. § 3. *ff. De jure dot. L.* 11. *C. De pactis convent.*; mas en la primera lei nada se dice de los bienes parafernales, y en la última se concede el usufructo al marido, si espresamente le hubiese constituído la mujer; luego nuestra jurisprudencia desconoce este usufructo, y ántes bien se ha introducido por costumbre,

(1) Nuestras leyes no mencionan como medios de constituir el usufructo, ni la autoridad del juez en las divisiones, ni la prescripcion.

como observa B. Estryckio en el *Usus Digest. h. t.* II° Por el *juez* se constituye á vezes el usufructo en los tres juícios divisorios de dividir lo comun, partir la herencia, y fijar los límites de las heredades, si de otro modo no se pueden separar las cosas que están en comunio. Así, por ejemplo, si se ha legado una biblioteca al viejo Pedro y al muchacho Antonio, puede el juez adjudicar el usufructo de la biblioteca á aquel, y la propiedad á este; lo que no obstante debe hacerse rara vez. III° Por el *dueño*. Este constituye para otro el usufructo, ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pactos ó estipulaciones. Si lo primero, no es necesaria la tradicion, sino que el usufructuario consigue el derecho *in re* por el mismo testamento, al punto que muere el testador (§. 3 9) y en el último caso los pactos ó estipulaciones solo producen el derecho *ad rem*, ó la accion personal contra el que promete, para que preste el usufructo prometido; mas no el derecho *in re*, el cual solamente nace de la subsiguiente cuasi tradicion, *L.* 11. *ff. De serv. præd.* En fin la concesion entre vivos se hace, ó con voluntad espresa del señor, á saber, por promesa ó estipulacion, como se ha dicho, ó por voluntad tácita, si alguno estando presente por diez años, ó ausente por veinte, permite que otro use y disfrute su cosa sin contradecirle, pues entónces adquiere el otro el usufructo por la prescripcion de largo tiempo, *L. últ. fin. C. De longi temp. præscr.*

§. CDXXII — CDXXIV. Solo resta saber ya, cómo se acaba el usufructo una vez constituído. Casi todos los modos con que da fin el usufructo, se derivan de su misma definicion y naturaleza. Cesa pues el usufructo 1° con la muerte natural del usufructuario, porque es servidumbre personal, § 392; y las servidumbres personales se deben á la persona, y por tanto espiran con ella. Y si se ha dejado el usufructo á un pueblo ó comunidad,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuándo espira? Un pueblo es persona moral, y no se entiende que muere, miéntras existan en él ciudadanos, aunque no sean los mismos que habia cuando se concedió. Pero como en el usufructo se trata de que la propiedad no sea inútil al dueño de ella, pues ciertamente vendria á ser inútil, si no volviese nunca al propietario; quieren nuestras leyes que el usufructo concedido á un pueblo ó corporacion, finalice á los cien años, que es el mayor período de la vida humana. *L.* 36. *ff. De usufr.* Cesa el usufructo con la muerte civil, esto es, la capitis-diminucion, ó degradacion de estado máxima y média, por las que acostumbraban perder todos sus derechos los ciudadanos romanos, § 3. *Inst. De usufr.* La capitis-diminucion mínima no quita hoi dia el usufructo, segun la reforma que hizo Justiniano, *L. pen. C. h. t.* Y á la verdad ¿por qué habia de destruirse el usufructo con la arrogacion, no habiendo ya en ella necesidad de la venta imaginaria? Tambien se pregunta, si un pueblo ó sociedad, á la que se ha dejado un usufructo, puede sufrir capitis-diminucion. Y respondemos, que análoga á la capitis-diminucion es la introduccion del arado que sufrió la ciudad de Cartago, cuando fué tomada por los romanos, segun observa un jurisconsulto, *L.* 5 *ff. Quib. mod. usufr. amitt.*; si bien los demas autores no hablan de esto, y solo Zonáras, *Annal. tom.* 2, refiere, que se estableció por un senado-consulto, que *fuese execrable habitar allí en adelante.* Cesa el usufructo 3º por la *consolidacion*, si el usufructo se incorpora con la propiedad; pues ya hemos manifestado mas de una vez, que á ninguno sirve la cosa propia. Cesa 4º *pereciendo la cosa;* pues se debe usar y disfrutar sin destruirse la sustancia de la cosa. Luego estinguida esta, tambien se acaba el usufructo; lo cual es tan cierto, que si alguno tiene el usufructo de un edificio y se quema, no conserva el usufructo ni aún en la superficie del

terreno, L. 36. *ff. De usufr.* No obstante, si se restituye el edificio á su antigua forma, no es dudoso que tambien revive el usufructo, L. 10. §. 1. *seq.* L. 23, 26. *ff. Quib. mod. usufr. amitt.* Tambien concluye el usufructo, 5º por el no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; pues por el no uso de largo tiempo espiran todos los derechos; mas no basta para acabar el usufructo el abuso, esto es, el usar mal el usufructuario de la cosa, *L.* 1. §. 5, 6 *ff. Usufr. quemad. cav.*, aunque algunos oponen el §. 3. *Inst. h. t.* donde se dice que espira el usufructo no usándolo por tiempo y modo. Mas por modo se entiende aquí la continua posesion, segun se manifiesta en las *Adiciones al Vinio, d. l. p.* 229 Espira, 6º concluido el derecho del constituyente; pues el sucesor singular de este no tiene que prestar aquello á que se obligó su antecesor; bien al contrario de los sucesores universales ó herederos, que suceden en todas las obligaciones del difunto. Así, por ejemplo, si el obispo de Munster constituye un usufructo en algun predio de su diocésis, el obispo que le suceda á su muerte, no está obligado á prestar el usufructo, pues el sucesor en el obispado no es su heredero, sino sucesor singular. De donde nace aquella utilísima regla del Derecho: *concluido el derecho del que da, espira tambien el del que recibe.* 7º Se acaba por último el usufructo, llegando el tiempo fijado por el pacto. Si alguno pues prometiese á otro el usufructo por tres años, y pasados estos quisiese el usufructuario usar y disfrutar la cosa, se le opondria la escepcion del pacto, que es el que da la lei en los contratos. L. 5. *C. De usufr.* (1)

(1) Sobre los modos de acabarse el usufructo puede verse la *l.* 24. *y sig. del it.* 31. *Part.* 3, en las que se mencionan la muerte natural y civil del usufructuario, la estincion de la cosa, el cumplirse el plazo por que se concedió, el no uso y la cesion del derecho.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

§. CDXXV — CDXXVII. Hemos dicho cuanto conviene que sepa el principiante acerca del usufructo; pero habiendo ademas de él otras servidumbres personales, como el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos, tambien se ha de tratar de ellas. En qué se diferencian el *usufructo* y el *uso*, aparece de lo que se ha dicho arriba (§. 415.). El usufructuario no solo usa de lo necesario, sino que disfruta lo útil y agradable; mas el usuario usa solamente, y no disfruta. Por lo que es clara la definicion: *uso es el derecho de usar de las cosas ajenas, en cuanto son necesarias, sin destruir su sustancia*, §. *t. Inst. h. t.* Tambien son claros los axiomas: 1° ménos hai en el uso que en el usufructo. Pues en este se percibe cuanto proviene ordinariamente de la cosa, ya sea de necesidad, de utilidad, ó recreo, §. 417; mas el usuario solo percibe lo que le es necesario: y por tanto, 2° el uso se acaba así que se satisface á la necesidad diaria, *L.* 2. *pr. ff. h. t.* Ilustraremos el asunto con cuatro ejemplos. (a) El que tiene el uso de un fundo, solamente puede tomar la hortaliza, la fruta, las flores y la yerba que necesite segun su situation, §. 1. *Inst. h. t.* (b) El que tiene el uso de un edificio, solo puede habitar los aposentos que le hagan falta segun sus circunstancias, y no mas: limitándose tanto á la necesidad este uso del edificio, que no puede alquilarlo á otro, ni apénas recibir un huésped; aunque esto bien puede hacerlo, §. 2. *Inst. h. t.* (c) El que tiene el uso de un rebaño, solamente percibe la leche, lana y estiércol que le hace falta. segun la condicion

y estado de su familia, §. 37. *Inst. De rei vindic.* (1). Por último, (d) circunscribiéndose el uso á lo necesario, es evidente que el que lo tiene, no puede ni arrendarlo, ni darlo á otro gratuitamente, §. 1. *Inst. h. t.*; pues ciertamente, si lo concediese á otro, no tenia necesidad de él, y cesando esta, cesa tambien el uso.

§. CDXXVIII — CDXXXI. La tercera servidumbre personal es *la habitacion*. la cual es *el derecho de habitar un edificio ajeno sin destruirlo*. Los mas ignoran qué servidumbre sea esta, y repiten lo que se dice en nuestras leyes, que el derecho de habitacion es mas pingüe que el uso del edificio, y ménos que su usufructo; pero no manifiestan las diferencias genuinas de estas servidumbres; por lo que se va á esplicar ahora la palabra *habitar*. *Habitar* es en este título, usar y disfrutar de aquellas partes de un edificio que están destinadas para habitacion. Por tanto de esta definicion se deduce 1° que es mas pingüe este derecho que el uso del edificio, pues el usuario toma los aposentos que le hacen falta, y el habitador usa y disfruta de todos; de modo que puede adquilarlos y darlos grátis, *L.* 13. *C. De usufr.*; lo que no puede hacer el usuario, como ántes advertímos. 2° Por la misma definicion se demuestra, que no es tan pingüe este derecho como el usufructo del edificio, pues el usufructuario percibe el fruto de todo el edificio, inclusas las bodegas, paneras, huertas, etc.; al contrario el habitador solo tiene los aposentos destinados para habitacion, no los huertos,

(1) « Otrosí decimos que si un ome otorgase á otro uso en sus ganados que aquel á quien es otorgado, que puede traer aquellos ganados por sus heredades, porque se engruese la tierra del estiércol que sale de ellos, para dar mejor fruto, é puede tomar de la leche, é del queso, é de la lana, é de los cabritos, lo que hobiere menester para despensa de sí é de su compaña; mas non debe tomar ende para dar nin para vender á otri ninguna cosa. » *L.* 21. *tit.* 31. *Part.* 3.

paneras, bodegas, etc. Resta otra diferencia. La habitacion no se acaba con la capitis-diminucion máxima ni média; y da la razon Modestino; porque la habitacion es mas bien de hecho que no de derecho *L.* 10. *ff. De cap dem.* Mas qué quiere espresar con esto? Si no me engaño, que el usufructo y el uso son derechos propios de los ciudadanos romanos, los cuales se estinguen, luego que uno deja de contarse entre ellos; pero la habitacion consiste mas bien en el hecho, porque hasta los estranjeros pueden habitar en Roma, y por consiguiente no hai motivo para que espire la habitacion por la capitis-diminucion.

§. CDXXXII — CDXXXIV. La última servidumbre personal son *los trabajos de los siervos*; los cuales son *el derecho de percibir la utilidad de las obras de un siervo ajeno.* Tambien esta servidumbre es de ménos valor que el usufructo, y de mas que el uso del siervo. 1° Es inferior al usufructo, porque el que tiene el usufructo de un siervo, puede no solamente lucrar con su trabajo, sino adquirir todas las demas cosas por su medio. Así, por ejemplo, si un siervo fructuario es instituído heredero, adquiere la herencia el dueño usufructuario del siervo : al contrario el que tiene los trabajos de un siervo, solo aquiere la utilidad de aquellos, §. 4. *Inst. Per quas pers. cuique adq.* No obstante, 2° la misma servidumbre es mas pingüe que el uso del siervo, pues el que tiene el uso de un siervo, no puede aprovecharse de todos los trabajos de él, sino meramente de los necesarios. Y de aquí es que no puede alquilarlos, *L.* 2. *ff. De usu leg.*; lo que puede hacer el que tiene la servidumbre de los trabajos.

§. CDXXXV. [El Derecho español con respecto al uso solamente obliga al usuario á prestar caucion ; pero no á reparar la cosa, ni á pagar censos y contribuciones, sino en el caso que necesitase consumir todos sus frutos. Por lo que respecta al derecho de habitacion, únicamente

mencionan nuestras leyes como medios de concluirse, la muerte y la renuncia ó cesion, *L.* 22. *y últ. tít.* 31. *Part.* 3.]

TÍTULO VI.

DE LAS USUCAPIONES.

§. CDXXXVI y CDXXXVII. De la division de las cosas volvemos á los modos de adquirir, los cuales dijimos arriba que eran *de Derecho natural* y *de gentes* ó *de Derecho civil*, y que *los modos de Derecho natural y de gentes*, eran tres, *ocupacion*, *accesion* y *tradicion*; de los que se ha tratado en el título 1°. de este libro. Siguen los *civiles*, que no dimanan solamente de la razon y Derecho natural, sino de las leyes civiles. Estos modos civiles de adquirir se dividen en *universales*, por los cuales adquirimos el derecho universal de alguno, pues el sucesor universal carga con todos los derechos y obligaciones del antecesor; y *singulares*, por los cuales no pasa á nosotros todo el derecho de otro, sino solamente el dominio de una cosa particular. Los universales son seis : 1° la *adquisicion de la herencia*; pues el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones del difunto, de tal modo que tiene que pagar las deudas de este y cumplir sus contratos. 2° La *posesion de bienes*; la cual no era otra cosa que la herencia dada por el pretor, é imita hasta tal punto la adquisicion de la herencia, que el poseedor de bienes está en lugar de heredero, *pr. Inst. De bon. posses.*; y así sucede en todo el derecho del difunto. 3° La *adquisicion por arrogacion*; pues el padre, arrogando á un hombre *sui juris*, adquiere todos los bienes y derechos del hijo, esceptuados aquellos que espiran con la capitis-diminucion. 4° La *adjudicacion de bienes por causa de conservar la libertad.*

paneras, bodegas, etc. Resta otra diferencia. La habitacion no se acaba con la capitis-diminucion máxima ni média; y da la razon Modestino; porque la habitacion es mas bien de hecho que no de derecho *L.* 10. *ff. De cap dem.* Mas qué quiere espresar con esto? Si no me engaño, que el usufructo y el uso son derechos propios de los ciudadanos romanos, los cuales se estinguen, luego que uno deja de contarse entre ellos; pero la habitacion consiste mas bien en el hecho, porque hasta los estranjeros pueden habitar en Roma, y por consiguiente no hai motivo para que espire la habitacion por la capitis-diminucion.

§. CDXXXII — CDXXXIV. La última servidumbre personal son *los trabajos de los siervos*; los cuales son *el derecho de percibir la utilidad de las obras de un siervo ajeno.* Tambien esta servidumbre es de ménos valor que el usufructo, y de mas que el uso del siervo. 1° Es inferior al usufructo, porque el que tiene el usufructo de un siervo, puede no solamente lucrar con su trabajo, sino adquirir todas las demas cosas por su medio. Así, por ejemplo, si un siervo fructuario es instituído heredero, adquiere la herencia el dueño usufructuario del siervo : al contrario el que tiene los trabajos de un siervo, solo aquiere la utilidad de aquellos, §. 4. *Inst. Per quas pers. cuique adq.* No obstante, 2° la misma servidumbre es mas pingüe que el uso del siervo, pues el que tiene el uso de un siervo, no puede aprovecharse de todos los trabajos de él, sino meramente de los necesarios. Y de aquí es que no puede alquilarlos, *L.* 2. *ff. De usu leg.*; lo que puede hacer el que tiene la servidumbre de los trabajos.

§. CDXXXV. [El Derecho español con respecto al uso solamente obliga al usuario á prestar caucion ; pero no á reparar la cosa, ni á pagar censos y contribuciones, sino en el caso que necesitase consumir todos sus frutos. Por lo que respecta al derecho de habitacion, únicamente

mencionan nuestras leyes como medios de concluirse, la muerte y la renuncia ó cesion, *L.* 22. *y últ. tít.* 31. *Part.* 3.]

TÍTULO VI.

DE LAS USUCAPIONES.

§. CDXXXVI y CDXXXVII. De la division de las cosas volvemos á los modos de adquirir, los cuales dijimos arriba que eran *de Derecho natural* y *de gentes* ó *de Derecho civil*, y que *los modos de Derecho natural y de gentes*, eran tres, *ocupacion*, *accesion* y *tradicion*; de los que se ha tratado en el título 1°. de este libro. Siguen los *civiles*, que no dimanan solamente de la razon y Derecho natural, sino de las leyes civiles. Estos modos civiles de adquirir se dividen en *universales*, por los cuales adquirimos el derecho universal de alguno, pues el sucesor universal carga con todos los derechos y obligaciones del antecesor; y *singulares*, por los cuales no pasa á nosotros todo el derecho de otro, sino solamente el dominio de una cosa particular. Los universales son seis : 1° la *adquisicion de la herencia*; pues el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones del difunto, de tal modo que tiene que pagar las deudas de este y cumplir sus contratos. 2° La *posesion de bienes*; la cual no era otra cosa que la herencia dada por el pretor, é imita hasta tal punto la adquisicion de la herencia, que el poseedor de bienes está en lugar de heredero, *pr. Inst. De bon. posses.*; y así sucede en todo el derecho del difunto. 3° La *adquisicion por arrogacion*; pues el padre, arrogando á un hombre *sui juris*, adquiere todos los bienes y derechos del hijo, esceptuados aquellos que espiran con la capitis-diminucion. 4° La *adjudicacion de bienes por causa de conservar la libertad.*

Si el siervo manumitido por testamento recibe la herencia con la condicion de pagar las deudas, se pone en lugar del heredero, y por tanto es sucesor universal. 5° La *seccion de bienes*, cuando alguno compra por la lei en pública subasta toda la herencia para pagar á los acreedores. 6° La *adquisicion en virtud del senadoconsulto claudiano*, por el cual se estableció que si una mujer ingenua amase á un siervo de otro, y amonestada no dejase tan indecoroso amor, entrase en la servidumbre del señor del siervo, haciéndose este señor susesor universal de la mujer. Pero estos modos universales de adquirir, escepto la herencia, casi no tienen uso, siendo hoi dia mucho mas conocidos los modos *singulares* de adquirir, á saber; 1° la *usucapion*, de la que tratamos en este título; 2° la *donacion*, en el título siguiente; 3° el *legado*, y 4° el *fideicomiso singular*; de los cuales se hablará mas abajo en su lugar.

§. CDXXXVIII. Inscribiéndose pues nuestro título *De la usucapion y prescripciones de largo tiempo*, veremos, 1° qué entendian los antiguos por *usucapion* y *prescripcion;* y 2° cómo Justiniano reunió algunas de las prescripciones á la usucapion, y la distinguió de otras. En lo antiguo la usucapion se diferenciaba mucho de la prescripcion, pues 1° aquella producia el dominio, y por tanto era un modo de adquirir; mas de esta solo nacia una escepcion para escluir el derecho de otro. 2° Aquella no tenia lugar mas que en las cosas corporales, en las cuales solamente podemos tener dominio, §. 335.; mas la prescripcion tambien tenia lugar en las cosas incorpóreas y derechos. 3° Tenia lugar la usucapion en las cosas del suelo itálico solamente, las cuales eran *mancipi*, §. 330.; y la prescripcion tambien lo tenia en las cosas provinciales. 4° Por la usucapion se adquirian las cosas muebles en un año, y las raízes en dos; mas la prescripcion de *largo* tiempo exigia diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y la

de *mui largo* tiempo unas vezes treinta años, otras cuarenta, otras ciento, y otros tiempo inmemorial. Así que parece que los emperadores inventaron la prescripcion á fin de suplir la usucapion, para que se prescribiesen las cosas que no podian usucapirse, §. 2. *Inst. h. t.* En este estado se hallaban las cosas ántes de Justiniano; pero este emperador fué el primero que reunió la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, formando de ellas una sola especie en la *L. un. C. De usucap. transf.* Y así es que por Derecho nuevo ya no hai mas diferencia entre la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, sino que las cosas incorporales se dice que se usucapen. Por tanto trataremos 1° de la usucapion y de la prescripcion de *largo* tiempo, que en el dia es lo mismo, §. 438-447.; 2° de la prescripcion de *mui largo* tiempo de treinta años, §. 448-450.; 3° de la prescripcion del *mui largo* tiempo de cuarenta años, §. 451.; 4° de la prescripcion del mui largo tiempo de cien años, §. 458. y 5° de la prescripcion inmemorial, §. 453. En la *L. 2. ff.; De usurp. et usuc.* se define la *usucapion*, diciendo ser *la adquisicion del dominio por la continua posesion del tiempo prescrito por la lei.* Por la usucapion y prescripcion de largo tiempo, el que no es señor, adquiere por último el dominio de una cosa, si la posee por largo tiempo, y entretanto no la vindica el verdadero dueño. Supongamos por ejemplo, que compro de Pedro un prado, creyendo que es dueño de él: si resulta que no lo es, no puede trasferirme el dominio que no tiene; con todo, si estando presente el verdadero dueño, poseo tranquilamente por diez años el prado, ó por veinte años, estando aquel ausente, lo prescribo, y por la posesion me hago su dueño.

§. CDXXXIX. Mas se pregunta ¿con qué derecho puede hacerse esto? Autores hai que niegan que sea justa y conforme á equidad la usucapion, diciendo que cualquiera que es dueño efectivo, con razon debe conservar siempre

el dominio, §. 333. 1.; y que no está esento del delito de hurto el que se apropia el dominio de una cosa ajena, solo por haberla poseído quietamente tanto tiempo. Así raciocinaba entre los teólogos Amesio *De cons. l.* 5. *c.* 41., el cual frecuentemente suele censurar de injusta la jurisprudencia, por entenderla mal; y este opúsculo movió al célebre jurisconsulto Ulrico Hubero á escribir el escelente libro titulado *Eunomia juris*, en que defendió la equidad del Derecho romano contra varios de sus adversarios; aunque esta singular obra, que ha inmortalizado á su apreciable autor, ha quedado incompleta. Es constante que no se falta á la justicia, y que la equidad de la usucapion se apoya en la recta razon y en la sagrada Escritura, pues en esta se ve á Jephthe defender con la prescripcion á los hebreos contra los amonitas, *Jud. c.* 11. *v.* 66. *por haber habitado los de Israel doscientos años en Hesebon y sus ciudades.* Ademas la recta razon enseña que las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa, §. 344; y no solo se comprenden en ellas las que por naturaleza no están en dominio de alguno, sino las que habiéndolo estado, se han dejado por cosas perdidas, §. 46, 47. *Inst. De rer. divis.* ¿Quién pues parece que haya dejado una cosa perdida, mas que el que no la busca en tantos años, ni la reclama del poseedor? De aquí es que con razon se le escluye del dominio en pena del descuido; y reputándose la cosa como abandonada y por perdida, es del primero que la ocupa, §. 342. Aún hai otra razon, y es que interesa á la sociedad que los dominios de las cosas no estén inciertos, ni haya pleitos eternos acerca de ellas. Á este propósito Ciceron en la oracion *pro Cæcinnâ*, §. 26. llama elegantemente á la usucapion *fin de las molestias y peligros de los pleitos*, pues por ella se aclaran los dominios de las cosas, y nos libramos de litigios eternos.

§. CDXL y CDXLI. Por lo demas, siendo la usucapion un modo civil de adquirir, es claro que ni tiene lugar en todas las cosas, ni pertenece á todas las personas. 1° No pertenece á todas las cosas, porque no podemos adquirir el dominio de todas ellas, pues no pueden adquirirse (a) las que están fuera del comercio de los hombres, como las sagradas, santas, religiosas, comunes, públicas y las de comunidad; luego no pueden usucapirse, *L.* 9. *ff. h. t.* Así es que hoi dia vemos que los bienes del fisco y patrimoniales de los príncipes, se vindican aún, cualquiera que sea el tiempo pasado, porque no están en comercio. (b) *Las cosas viciosas* : tales llamaban á las quitadas por hurto ó fuerza, pues pasa con ellas el vicio á todo poseedor, y no se purifican de él hasta que vuelven á su verdadero dueño, § 2, 5. *Inst. h. t.* Así es que por este vicio inherente no pueden usucapirse ni prescribirse por largo tiempo. Mas pueden adquirirse por la prescripcion de tiempo larguísimo, no por el ladron, sino por un tercero poseedor de buena fe, á cuyo poder llegue la cosa, *L.* 8. §. 1. *C. De præscrip.* 30 *vel* 40 *annor.* (c) *La cosas prohibidas de enajenarse*, como son las eclesiásticas, §321., no observándose ciertos requisitos, y lo mismo las de pupilos y menores, y las cargadas con fideicomiso; por lo que es claro que no pueden ocuparse. (d) *Las cosas incorporales*, pues propiamente no están en el dominio, sino en los bienes, §. 388. De aquí es que no se dice que se usucapen, sino que se prescriben por largo tiempo, *L.* 14. *pr. ff De servit.*; aunque á decir verdad, hoi dia tambien se usucapen, por lo que hemos manifestado en el §. 438. 2° No todas las personas podian usucapir, porque la usucapion era un derecho quiritario, esto es propio de los ciudadanos romanos. Por esto en las leyes de las XII Tablas se habia establecido que *contra los enemigos* (así llamaban los antiguos á los estranjeros) *hubiese eterna autoridad*, esto es, que aunque un estranjero poseyese por

cualquier tiempo nuestras cosas, pudiésemos vindicarlas, no obstante cualquiera usucapion ó prescripcion de largo tiempo; cuyo beneficio se habia concedido solamente á los ciudadanos romanos. Pero despues que por la *L.* 17. *ff. De stat. hom.* se estendió el derecho de ciudadano á todos los ingenuos que habitaban el Imperio romano, desapareció esta diferencia, y hoi dia cualquiera puede usucapir, ya sea estranjero, ya ciudadano, á no ser que por leyes especiales se impida á los estranjeros poseer bienes raízes. Tambien han cesado en el dia las diferencias que existian entre las cosas provinciales y del suelo itálico, pues aunque solo estas podian usucapirse, y aquellas prescribirse, segun observámos en el §. 437., tambien ha variado esto desde que Justiniano formó de la usucapion y prescripcion una sola especie, *L. un. C. De usucap. transfer.*

§. CDXLII. Hemos visto qué es usucapion y prescripcion de largo tiempo; ahora vamos á examinar sus requisitos, que son cinco. El primero es *buena fe*, por la que entendemos aquí el convencimiento ú opinion que uno tiene de que es verdadero dueño de una cosa, *L.* 109. *ff. De V. S.* De aquí es que si uno compra un libro que sabe no es del vendedor, sino de otro, no puede adquirirlo por la usucapion, porque tiene mala fe: bien que nuestro Derecho civil no requiere la buena fe sino al principio (1), es decir, que al tiempo del contrato ó de

(1) Tambien en España, segun la *L.* 12. *tít.* 29. *Part.* 3., basta para la usucapion que haya buena fe al principio, sin que obste la mala fe que sobreviene ántes que la usucapion se complete, y esto indistintamente. Y así es que los doctores Jordan de Aso y de Manuel se han equivocado, cuando en el *lib.* 2. *tít.* 2. *capit.* 11. § 1. *de sus Inst.* sostienen, que en dichas leyes 12 y 14 se hace una distincion; á saber, que la buena fe basta en el principio, cuando la cosa se tiene por otros títulos. Porque fuera de que esta distincion seria absurda, debieron echar de ver que cuando en el *vers. Mas* de *d. L.* 12., se requiere en

la adquisicion crea uno que es dueño el vendedor. La mala fe que sobreviene despues, no daña, *L.* 48. §. 1. *ff. De A. R. D.* Así, por ejemplo, si compré un libro hace mas de dos años, y en aquel tiempo creía que el vendedor era su dueño, aunque despues oiga que no era dueño de él, tiene lugar la usucapion. Mas el Derecho canónico ha corregido esto. *c. ult. X. de præscrip.*, requiriendo que la buena fe sea continua y perpetua desde el principio al fin; sin embargo no en todas partes está recibida esta doctrina en el foro.

§. CDXLIII. Otro requisito es el *justo título*, es decir, una causa hábil para trasferir el dominio, cual la hemos descrito en el §. 339. Por tanto, cuando el título es justo, pero no suficiente para trasferir el dominio, seria un absurdo que uno creyese poder usucapir una cosa poseída de este modo. Por ejemplo, si tomé en alquiler una casa, y la poseí por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, no por eso me hago dueño de ella, porque la locacion y conduccion no es título hábil para trasferir el dominio, aunque en sí sea mui justo. De lo cual se sigue, (a) que no basta el error del justo título; por ejemplo, si creo haber comprado un libro que no compré, no puedo prescribirlo, *L.* 27. *ff. h. t.* (b) Que no es bastante un con-

dos tiempos la buena fe, tratándose de compra, esta debe entenderse de los tiempos del contrato y de la tradicion, segun se observó por Derecho romano. Ni obsta la citada *L.* 14. al principio, porque cuando escluye la usucapion, no es por la mala fe que sobreviene, sino porque habla del caso en que el título no es verdadero, sino tenido como tal; cuya persuasion ó ignorancia en un hecho propio no es tolerable, López *glos.* 1 *y* 2. *d. L.* 14. Á pesar de esto creen los intérpretes que la mala fe que sobreviene ántes del complemento de la usucapion, impide esto en España, persuadiéndose que en este punto debe el Derecho civil ceder al canónico, que dispone lo contrario, *cap. ult. X. De præscript.*, López, *glos.* 1. *d. L.* 12., Covar. *lib.* 1. *Variar cap.* 3. *num.* 7.

trato simulado : por ejemplo, entre marido y mujer no vale ninguna donacion, *L.* 1. *ff. De don. inter vir. et uxor.* Finge el marido, no que da, sino que vende á la mujer y recibe de ella por un predio diez escudos; ¿puede aquella usucapirlo? No, porque aunque la compra y venta es justo título, en este caso no es verdadera, sino supuesta, y celebrada en fraude de la lei, lo cual no basta para la usucapion, *L.* 1. *C. Plus val. quod agitur.* (c) No basta un título revocable. Uno me hace donacion *mortis causâ* de un vaso de plata, y me lo entrega en el acto : vive todavía el donante cinco años, y al morir, lega este mismo vaso á Juan; se pregunta, ¿puede decirse que he poseído el vaso con buena fe y justo título mas de tres años, y por tanto que lo he usucapido? Se niega en la *L.* 13. *pr. ff. De mort. causa don.*; y con razon, pues la donacion *mortis causâ*, puede revocarse siempre, y por tanto de ningun modo se adquiere con la usucapion lo que se ha dado *mortis causâ*, miéntras vive el donante, *L.* 30. *ff. eod.*

§. CDXLIV y CDXLV. Sigue el tercer requisito de la usucapion, y es que *la cosa no sea incapaz de prescribirse*, *L.* 2. *ff. h. t.* Qué cosas son incapazes de usucapion, ya se ha dicho, §. 440. Desde que Justiniano reunió la usucapion y prescripcion de largo tiempo, hoi dia se prescriben las cosas muebles en tres años, sin diferencia de si el dueño está presente ó ausente; al contrario los bienes raizes se usucapen por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *L. un. C. De usucap. transfer.* De aquí el IVº requisito, que es *el tiempo señalado por la lei*, ó como elegantemante lo llama la *L.* 24. *De donat. inter vir. et uxor.* el sufragio del tiempo; en lo cual son benignas las leyes, pues cuentan el último dia comenzado por concluído. *L.* 6. *ff. h. t.*; al contrario de lo que sucede en la prescripcion de las acciones, *L.* 6. *ff. De oblig. et action.* Mas ¿qué sucede, si el verdadero dueño está parte del

tiempo presente. parte ausente? Entónces se duplican los años de la ausencia. Por ejemplo; yo compré con buena fe un fundo de Pedro, mas no á su dueño; Pedro estuvo presente dos años desde la compra, y lo restante del tiempo ausente; se pregunta, ¿cuántos años necesito para la usucapion? Se responde que diez y ocho; pues los años que estuvo presente, son. 2

los que faltaban para la usucapion de diez años, eran. 8

se duplican. 8

18

Se esplica esto en la *Nov. CXIX. c.* 8., aunque con alguna diversidad, bien que el resultado es el mismo. En aquella Novela se dice, que se han de dividir por dos los años de la ausencia, y el cociente ó número que resulte, se ha de añadir á los años que estuvo presente. Si entónces se completan diez, hai usucapion; si no llegan á diez, tantos como falten, se han de añadir duplicados. Compré un fundo de Pedro hace diez y seis años; los dos primeros estuvo presente su dueño, y ausente los catorce restantes; se pregunta, ¿he conseguido la usucapion?

Vamos á verlo : los años de presencia son. . . . 2

los 14 de ausencia divididos por 2. 7

9

No componiendo dos y siete el número de diez, se ha de añadir uno duplicado, esto es, dos : de aquí se infiere que aún he de poseer el fundo por dos años ántes que logre la usucapion. Por lo demas, quiénes se llamen presentes y quiénes ausentes, se esplica en la *L. ult. C. De præscript.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

long. temp. Á saber, de los que tienen el domicilio en la misma provincia, se dice que están presentes; y los que en diversas, se consideran ausentes. Mas esto debe entenderse de las provincias particulares y pequeñas, segun manifiesta con razon Brunnemann á *d. L. ult. C. de præsc. long. temp.* y *Struv. Exerc. XLIII.* §. 17.; pues si alguno en Austria quisiese decir, que estaba presente el que se hallase en el ducado de Holsacia, por estar en Alemania, sin duda seria un absurdo, porque Austria y Holsacia son dos provincias particulares, diversas y mui distantes entre sí.

§. CDXLVI y CDXLVII. El V° y último requisito es la *posesion continuada*. Mas aquí no se toma la posesion en sentido natural y gramatical por la mera retencion, sino en el sentido civil y jurídico que requiere la retencion corporal y el ánimo de adquirir la cosa, *L.* 25. *ff. De usucap.* El que de este modo pues detiene la cosa por el tiempo justo y señalado por la lei, con continua y no interrumpida posesion, puede usucapiéndola adquirir su dominio. De lo que se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha; y la interrupcion de la posesion se llama *usurpacion;* por lo que tenemos aquí otro vocablo que se toma en el Derecho de mui distinta manera que en otros autores. Véase la *L.* 2. *ff. De usurp. et usucap.* Es la usurpacion, ó interrupcion de la posesion, de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. La *natural* se hace por la fuerza, esto es, si el verdadero dueño arroja de la posesion de su predio al poseedor, *L.* 5. *ff. eod.* La *civil* se hace judicialmente, si el verdadero dueño entabla su accion contra el poseedor de su cosa y consigue la citacion, *L. pen. et ult. C. De ann. except.* Desde el momento que se ha hecho cualquiera de las dos cosas, se entiende interrumpida la posesion, y no aprovecha el tiempo, que ántes ha corrido; de suerte que si uno ha poseído por nueve años, mas al décimo se interrumpe la posesion, no aprovechan los años corridos, á no ser que en el último caso se siga sentencia absolutoria, pues entónces no daña la usurpacion ó interrupcion de la posesion, *L.* 1. *L.* 9. *C. De præsc. long. temp.* La principal cuestion es, si aprovechan al sucesor los años del antecesor; por ejemplo: si mi padre poseyó la cosa seis años y yo cuatro, aprovecha esto? La regla es: *el sucesor continúa en la posesion de su causante ó antecesor, ya sea sucesor universal*, por ejemplo, un heredero, *ya singular*, por ejemplo, un comprador. Mas entre el sucesor universal y el singular hai esta diferencia: 1° el sucesor universal continúa la prescripcion comenzada por el difunto con tal que este tuviese buena fe, §. 7. *Inst. h. t.* La mala fe del difunto siempre perjudica al heredero, aunque él tenga buena fe, porque como sucesor universal, adquiere todos los derechos del difunto, y por tanto tambien sus vicios, *L. un. ff. De divers. temp. præs.* Y de aquí es, que ni aún por sí puede empezar la prescripcion, porque se lo impide siempre la mala fe del difunto, *L.* 11. *C. De adq. possess.* 2° Al contrario el sucesor singular, como el comprador, legatario ó donatario, continúa la usucapion empezada por su autor, si los dos han estado de buena fe, *L.* 13. §. *ult. ff. De adq. possess.* Así, por ejemplo, si á Juan, que con buena fe habia adquirido un predio ocho años ántes, se lo compro con mala fe, no me aprovecha la posesion de aquel, porque yo tengo mala fe. Al contrario, si Juan tuviese mala fe y yo buena, puedo prescribir, con tal que empieze á contar el tiempo desde mí mismo, *L.* 5. *ff. De divers. temp. præscr.*, pues el sucesor singular no hace suyos los vicios del antecesor, y por tanto omitida la posesion de este, puede aspirar por sí solo á la usucapion.

§. CDXLVIII — CDL. Concluída la primera parte del título de la usucapion y prescripcion de largo tiempo, pasamos á la segunda, que es *la prescripcion de tiempo mui*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

largo, y en primer lugar hablaremos de la de *treinta años*. Las prescripciones de tiempo mui largo son como el suplemento de las otras, pues las cosas que no pueden usucapirse ó prescribirse por tiempo largo, se prescriben al ménos por el tiempo larguísimo de treinta, cuarenta, cien años, ó por tiempo inmemorial. Acerca de la prescripcion de treinta años se ha de tener presente este axioma : *todas aquellas cosas que ó por su vicio, o por mala fe, ó injusto título, no pudieron usucapirse por el antecesor, las prescribe el sucesor por treinta años.* El axioma es en sí claro y luminoso, por lo que solo hace falta ilustrarlo con ejemplos, que al mismo tiempo sean conclusiones derivadas de él.

1 Dijimos arriba, que las cosas viciosas, esto es, furtivas y poseídas por fuerza, no podian usucapirse, ni por el ladron, á quien falta justo título, ni por un tercer poseedor, porque el vicio acompaña siempre á la cosa hasta que vuelve á su dueño, §. 444. Mas aunque en todas estas cosas no tenga lugar la usucapion ó prescripcion de largo tiempo, no obstante las prescribe el tercer poseedor en treinta años, *L.* 8. §. 1. *C. De præscr.* 30. *vel* 40 *ann.* (1)

(1) « Treinta años continuadamente ó dende arriba, seyendo alguna « ome tenedor de alguna cosa por cual manera quier que hobiese la « tenencia, que non le moviesen pleito sobre ella en todo este tiempo, « ganarla y há, magüer iuese la cosa furtada, ó forzada, ó robada, é « magüer que el señor della gela quisiese demandar, dende adelante « non seria tenudo de responder sobre ella, amparándose por este « tiempo.» *L.* 14. *tít.* 29. *Part.* 3. No obstante Gregorio López en la glosa de esta ley piensa, que la mala fe impide tambien entre nosotros la prescripcion de 30 años, y que sobre este punto se observa lo dispuesto por el Derecho canónico, segun ya habia dicho tratando de la *L.* 12. del mismo *tít.* 29. Y Vela, *disert.* 48. *núm.* 45. *y sig.* pretende hallarse establecida esta doctrina en la *L.* 2. *tít.* 8 *lib.* 11. *Nov. Recop.*, y que está corregida por ella dicha *L.* 21. *tít.* 29. *Part.* 3., Covar. *Regula possessor. part.* 2. § 8. *núm.* 5., Castillo, *De tertiis, cap.* 26. *núm.* 13., y Molina, *De primog. lib.* 2. *cap.* 6. *núm.* 66., con otros varios, son de parecer, que tambien la prescripcion inmemorial se

2º Ya hemos observado en el §. 440. que las cosas de los pupilos y menores no pueden usucapirse; y no obstante tambien estas se prescriben á los treinta años, *L.* 3 *C. Quib. long. temp. præsc. non obstat.* 3º La misma razon existe en el peculio adventicio de los hijos enajenados por el padre ilegalmente, *Nov. CXXII. c.* 24. 4º Y tambien las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe se prescriben á los treinta años, con tal que el poseedor tenga buena fe, *Nov. CXXXI. c.* 6.

§. CDLI. Á vezes no bastan treinta años, sino que se requieren cuarenta; y esta es otra especie de prescripcion de *mui largo* tiempo, de la que trata la tercera parte de este título. Son de observar ciertos casos especiales, en que precisamente se exige la prescripcion de cuarenta años. Así sucede 1º en *las cosas fiscales y patrimoniales del príncipe*: pues que son propiedad de la nacion y en ellas solo tiene el príncipe el usufructo, es consiguiente que no puede enajenarlas, y que puede revocar las enajenaciones hechas el sucesor. No obstante, á fin de que no esté siempre incierto el dominio de las cosas, se estableció por la lei, que se adquiriesen las cosas del fisco por prescripcion de cuarenta años, *L* 4. *C. De præscr.* 30 *vel* 40 *ann.*, lo cual posteriormente se estendió á los bienes patrimoniales del príncipe, *L. fin. C. De fund. patr.* 2º Igual privilegio obtuvieron las *iglesias* y *ciudades*, cuyos bienes raízes no pueden prescribirse hasta los cuarenta años, *L.* 24. *C. De SS. eccles.* Siempre los buenos príncipes favorecieron á los bienes de las iglesias, para que no decayese el culto divino disipándose aquellos; aunque es innegable que los clérigos, abusando muchas vezes de aquel privilegio en algunas neciones, han despojado á la misma sociedad de

mpide por la mala fe, es decir, que conste que es mala, porque la que solo es tal por presuncion, se quita por la prescripcion de 30 años, Covar. d. §. 8. *núm.* 4. *y sig.*

mui pingües bienes; cuya política pintó con vivos colores el P. Ricardo Simon en la *Historia de las rentas eclesiásticas*, ocultando su nombre bajo el supuesto de Gerónimo de Costa. 3° Y por último la accion hipotecaria se prescribe á vezes por cuarenta años; pues ó posee el mismo deudor la cosa dada en prenda, ó un tercero poseedor de mala fe, ó uno de buena, Si la posee el mismo deudor, no puede libertar su finca de la carga de hipoteca, hasta que pasen cuarenta años. Á un tercer poseedor de male fe le bastan treinta años, *L.* 7. §. 1. *pr. ff. De præscr.* 30. *vel.* 40. *ann.* Últimamente un tercer poseedor de buena fe prescribe por el tiempo ordinario de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *L.* 1, 2. *C. Si advers. credit.*

§. CDLII. La tercera especie de prescripcion de larguísimo tiempo es la de cien años; mas este privilegio solamente se ha concedido á la Iglesia romana en la *Auth. Actiones, C. De SS. ecclesiis.* Por tanto, si alguno adquiriese por cualquier título un predio perteneciente al patrimonio de san Pedro, ó al señorío del romano pontífice, no se hace dueño de él interin no pasen cien años. Pero entre nosotros no es de ninguna utilidad semejante prescripcion.

§. CDLIII. Por fin la última especie de prescripcion de larguísimo tiempo es *la inmemorial*. Esta no está sujeta á tiempo señalado, sino que basta que no exista memoria en contrario, *L.* 2. §. 1. *ff. De aquâ et aquâ pluv.* Así es que suele probarse por testigos ancianos, á quienes se pregunta si han visto así la cosa que se trata de prescribir, por treinta ó mas años; si lo mismo oyeron á sus mayores, y si no se acuerdan haber oído nada en contrario etc. Si responden los testigos, que todo el tiempo que recuerdan, así lo vieron, y que lo mismo oyeron á sus mayores, sin que supiesen cosa en contrario, entónces queda probada la prescripcion inmemorial, Vulgarmente se dice, que se

adquieren por la prescripcion inmemorial, 1° las regalías del soberano, por ejemplo, el derecho de cazar, de acuñar moneda, de jurisdiccion; 2° la esencion de las cargas reales; y 3° los bienes del patrimonio del príncipe (1). Pero respecto de los últimos es manifiestamente falso, y se ve lo contrario en el *c.* 33. *C. De jurejur.*, sin embargo de que los doctores suelen citar este capítulo en apoyo de su dictámen.

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

§ CDLIV. Entre los modos civiles de adquirir, cuenta Justiniano tambien *la donacion, pr. Inst. h. t.;* lo cual no entienden muchos, porque la *donacion* es un pacto, y por este no adquirimos el dominio, sino por la subsiguiente tradicion: luego la donacion no es modo de adquirir, sino título, por lo que dijimos en el §. 339. De aquí es que muchos no pueden escusar de otro modo á Justiniano, que diciendo, parece haber entendido que la donacion *propter nuptias* y por causa de muerte son verdaderos modos de adquirir, aunque no se siga la tradicion. Pero lo que hai en esto es, que Justiniano siguió en las Instituciones el órden de Cayo, §. 6. *proœm. Inst.* En

(1) En España la suprema jurisdiccion, tanto civil como criminal, que compete al rei, no se prescribe en ningun tiempo, ni aún por tiempo inmemorial, *L.* 4. *tit.* 8. *lib.* 11 *Nov. Recop*; ni tampoco los pechos y tributos reales, *L.* 14. *del mismo tit.* Igualmente no pueden prescribir, ni aún por tiempo inmemorial, las alcabalas los que las tengan por tolerancia ó sin título válido, *L.* 9. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.* Pero la jurisdiccion inferior civil y criminal, con los demas derechos á ella anejos, pueden prescribirse por tiempo inmemorial, así como las ciudades y aldeas. Mas este tiempo inmemorial se ha de probar, segun la forma establecida en la *L.* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

mui pingües bienes; cuya política pintó con vivos colores el P. Ricardo Simon en la *Historia de las rentas eclesiásticas*, ocultando su nombre bajo el supuesto de Gerónimo de Costa. 3° Y por último la accion hipotecaria se prescribe á vezes por cuarenta años; pues ó posee el mismo deudor la cosa dada en prenda, ó un tercero poseedor de mala fe, ó uno de buena, Si la posee el mismo deudor, no puede libertar su finca de la carga de hipoteca, hasta que pasen cuarenta años. Á un tercer poseedor de male fe le bastan treinta años, *L.* 7. §. 1. *pr. ff. De præscr.* 30. *vel.* 40. *ann.* Últimamente un tercer poseedor de buena fe prescribe por el tiempo ordinario de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, *L.* 1, 2. *C. Si advers. credit.*

§. CDLII. La tercera especie de prescripcion de larguísimo tiempo es la de cien años; mas este privilegio solamente se ha concedido á la Iglesia romana en la *Auth. Actiones, C. De SS. ecclesiis.* Por tanto, si alguno adquiriese por cualquier título un predio perteneciente al patrimonio de san Pedro, ó al señorío del romano pontífice, no se hace dueño de él interin no pasen cien años. Pero entre nosotros no es de ninguna utilidad semejante prescripcion.

§. CDLIII. Por fin la última especie de prescripcion de larguísimo tiempo es *la inmemorial*. Esta no está sujeta á tiempo señalado, sino que basta que no exista memoria en contrario, *L.* 2. §. 1. *ff. De aquâ et aquâ pluv.* Así es que suele probarse por testigos ancianos, á quienes se pregunta si han visto así la cosa que se trata de prescribir, por treinta ó mas años; si lo mismo oyeron á sus mayores, y si no se acuerdan haber oído nada en contrario etc. Si responden los testigos, que todo el tiempo que recuerdan, así lo vieron, y que lo mismo oyeron á sus mayores, sin que supiesen cosa en contrario, entónces queda probada la prescripcion inmemorial, Vulgarmente se dice, que se

adquieren por la prescripcion inmemorial, 1° las regalías del soberano, por ejemplo, el derecho de cazar, de acuñar moneda, de jurisdiccion; 2° la esencion de las cargas reales; y 3° los bienes del patrimonio del príncipe (1). Pero respecto de los últimos es manifiestamente falso, y se ve lo contrario en el *c.* 33. *C. De jurejur.*, sin embargo de que los doctores suelen citar este capítulo en apoyo de su dictámen.

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

§ CDLIV. Entre los modos civiles de adquirir, cuenta Justiniano tambien *la donacion, pr. Inst. h. t.;* lo cual no entienden muchos, porque la *donacion* es un pacto, y por este no adquirimos el dominio, sino por la subsiguiente tradicion: luego la donacion no es modo de adquirir, sino título, por lo que dijimos en el §. 339. De aquí es que muchos no pueden escusar de otro modo á Justiniano, que diciendo, parece haber entendido que la donacion *propter nuptias* y por causa de muerte son verdaderos modos de adquirir, aunque no se siga la tradicion. Pero lo que hai en esto es, que Justiniano siguió en las Instituciones el órden de Cayo, §. 6. *proœm. Inst.* En

(1) En España la suprema jurisdiccion, tanto civil como criminal, que compete al rei, no se prescribe en ningun tiempo, ni aún por tiempo inmemorial, *L.* 4. *tit.* 8. *lib.* 11 *Nov. Recop*; ni tampoco los pechos y tributos reales, *L.* 14. *del mismo tit.* Igualmente no pueden prescribir, ni aún por tiempo inmemorial, las alcabalas los que las tengan por tolerancia ó sin título válido, *L.* 9. *tit.* 8. *lib.* 11. *Nov. Recop.* Pero la jurisdiccion inferior civil y criminal, con los demas derechos á ella anejos, pueden prescribirse por tiempo inmemorial, así como las ciudades y aldeas. Mas este tiempo inmemorial se ha de probar, segun la forma establecida en la *L.* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

tiempo de Cayo la donacion no hai duda que era un modo de adquirir, porque no valia, si al punto no seguia la tradicion. Por leyes mas recientes, y especialmente por la *L.* 35. *De donat.* se estableció que valiese la donacion aún sin la tradicion, y que de este pacto, contra los principios de la legislacion romana, naciese la accion correspondiente. Desde este tiempo la donacion ya no fué un modo de adquirir, sino meramente un título: luego debió Justiniano alterar el órden de Cayo; mas no lo hizo, y por tanto cometió un error, dígase lo que se quiera en su defensa. Ya lo esplicámos todo en las adiciones al Vinio *pr. In t. h. t.*

§ CDLV y CDLVI. De cualquier modo que sea (pues tampoco nos molestaremos mucho en justificar el método de Justiniano), debemos examinar ante todo, qué es donacion, y de cuántas maneras. *Donacion* es una liberalidad, que se hace sin ninguna obligacion. Decimos, 1° que es liberalidad, porque no puede existir sin que medie cosa que tenga algun valor. 2° Que es una liberalidad *que se hace á otro;* pues no se concibe que uno pueda darse una cosa á sí mismo. Decimos, 3° que se hace *sin obligacion alguna*; porque si uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga. De lo cual tambien deducimos, que aquí no se habla del derecho imperfecto, sino del perfecto, el cual es el único que admite coaccion. De aquí es, que si uno da á otro lo que le debe por derecho imperfecto, v. gr. por gratitud, hai donacion. Toda donacion se hace *entre vivos ó por causa de muerte. Entre vivos,* cuando se celebra sin consideracion al caso de la muerte; por *causa de muerte,* la que se hace por temor de esta; de suerte que en cierto modo, mas quiere el mismo donante conservar la cosa donada para sí, que no concederla á otro, á no sobrevenir la muerte. Hai en las *Inst. De donat.* el notable ejemplo de Telémaco, que hacia esta clase de donacion, sacado de Homero, *Odyss.* 17. Mas conviene tengamos cuidado en no confundir las donaciones entre vivos y las hechas por causa de muerte. Juliano, segun *Ulpion. L.* 2. *ff. De mort. caus. don.*, dice que hai tres especies de donacion por causa de muerte, *una,* cuando uno dona por solo pensar en la muerte, sin que amenaze ningun peligro presente; *otra* cuando uno, amedrentado por un peligro inminente de la muerte, da de manera que al instante se haga la cosa del donatario; *tercera,* si alguno amenazado de peligro de muerte, hace donacion de una cosa, mas no de modo que la reciba al momento el donatario, sino solo si se ha seguido la muerte. Así se esplica Juliano, cuya filsofía tambien conocemos por la *L.* 13. §. 1. *y L.* 35. §. 1. *ff. eod.* Mas si lo consideramos bien, la segunda especie no tanto es donacion por causa de muerte, como entre vivos. Es sí donacion de un moribundo, mas no por causa de muerte, porque siempre es irrevocable, *L.* 12. §. 1. *ff. eod.* Luego ha de distinguirse, si se hace donacion trasfiriendo al punto el dominio, y reservándose solo el donante la posesion hasta su muerte, ó si el donante solo quiere trasferir el dominio siguiéndose la muerte, y por tanto solo concede al donatario la esperanza En el primer caso la donacion es entre vivos, ya esté el donante sano y bueno, ó moribundo; en el último caso la donacion es por causa de muerte, bien amenaze peligro de muerte, ó no. Por lo demas de estas definiciones se infiere, que la donacion entre vivos es un *pacto,* al cual asiste la lei, á saber, la *L.* 35. *C. De donat.*; mas la donacion por causa de muerte es un acto que participa de la naturaleza del *pacto y de la última voluntad, y por tanto fluctúa entre uno y otro.*

§. CDLVII. Se pregunta, quién puede hacer donacion? La respuesta es fácil: una y otra donacion es una libera-

lidad que traslada el dominio al donatario, ó al momento ó para mas tarde, §. 455; y nadie puede trasladar á otro entre vivos el dominio de una cosa, sin que sea dueño de ella y tenga la libre administracion de sus cosas, §. 40. *Inst. De rer. div. L.* 21. *C. Mand.* Por la donacion por la causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, §. 436, no trasfiere el dominio el que no tiene la libre testamentifaccion, *L.* 15. *ff. De mort. caus. don.* De estos dos axiomas pues se deduce claramente, 1° que no pueden hacer donacion entre vivos los pupilos; 2° ni el tutor; 3° y mucho ménos el procurador, á no tener mandato especial para hacerlo; 4° por causa de muerte no puede donar ni el impúber que no puede hacer testamento, ni otro alguno á quien se le prohibe testar, como el siervo, el estranjero, el furioso, el mentecato, el pródigo, sordomudo, §. 514 al 519. Hai una escepcion en el hijo de familia, pues este ciertamente no puede hacer donacion por causa de muerte, porque no puede testar, á no ser en el peculio castrense y cuasi castrense *L.* 19. *ff. Qui test. fac.*; mas hai al diferencia, que el hijo de familia no puede hacer testamento, aunque se lo permita el padre, 6. *pr. ff. eod.*; pero sí donar por causa de muerte, consintiéndolo aquel, *L.* 15. § 1. *De mort. caus. don.*, lo cual sin duda se ha introducido, porque la testamentifaccion es de Derecho público; L. 3. *Qui test. fac. poss.*, y por tanto no puede el padre mudar nada acerca de ella con su autoridad, al contrario de las donaciones entre vivos y por causa de muerte, que son de derecho privado.

§. CDLVIII. Con igual facilidad se satisface á la otra pregunta, ¿ á quién puede hacerse donacion ? La donacion entre vivos es un pacto; este no se celebra sin la promesa de uno y la aceptacion de otro: luego tambien la donacion requiere la aceptacion, como observa bien el mismo Ciceron, *Top. c.* 8. En este punto no hay diferencia entre la donacion entre vivos y la por causa de muerte:

una y otra han de aceptarse. En lo cual se diferencian la donacion por causa de muerte y el legado ó fideicomiso: exigiendo aquella que el donatario esté presente y la acepte, y pudiéndose dejar estos al ausente é ignorante. Ademas requiere 2° que el domante y donatario sean personas diversas; pues hemos visto que debe mediar de una parte la promesa, y de la otra la aceptacion. Y ¿ quién seria tan necio que quisiese hacerse donacion á sí mismo? Hé aquí la razon por que no vale la donacion entre el padre y el hijo, *L.* 1. §. 1. *ff. Pro donat.*, pues jurídicamente no son personas diversas, sino solamente una, §. 139; é igualmente, por qué los cónyuges no pueden hacer donaciones entre sí durante el matrimonio, *tit. ff. De don. inter vir. et uxor.*, pues antiguamente la mujer se desposaba con el marido por medio de la confarreaccion, coencion y uso, y por el mismo acto entraba en la potestad de aquel, ocupando el lugar de hijo de familia, como difusamente hemos demostrado en nuestras *Ant. rom. l.* 1. *tit.* 10. §. 6. y en los *Comentarios á la lei julia y papia, lib.* 2 c. 11. §. 238. Si se hacia hija de familia, ciertamente que constituía una sola persona con el marido, y por tanto no podian hacerse ninguna donacion. Y aunque con el tiempo dejaron de usarse aquellos modos de celebrarse las nupcias, subsistió sin embargo el efecto, á saber, quedó prohibida la donacion entre los cónyuges, inventándose entónces otras razones de esta prohibicion; como para que por el mutuo amor no despoje un cónyuge á otro, para que no sean venales los matrimonios etc. *L.* 1. *L.* 2. *ff. De don. inter. vir. et uxor.* 3° En la donacion por causa de muerte en especie, se requiere que el donatario pueda recibir legados. Á quiénes se puede legar, lo veremos en el §. 608.

§. CDLIX. La tercera pregunta es, qué cosas pueden donarse. La donacion es una liberalidad, §. 455; y por esta se da á uno alguna cosa que le preste utilidad. Pueden

traer utilidad 1º las cosas que están en comercio : de donde se infiere claramente que no puede hacerse donacion de las cosas sagradas, religiosas, santas, comunes, públicas, de comunidad etc., porque no las pueden tener los particulares. Tambien traen utilidad 2º las cosas incorporales, como los derechos, las servidumbres y obligaciones; luego es indudable que tambien de estas puede hacerse donacion, *L.* 9. *pr. L.* 27. *seq. ff. h. t.* Pueden prestar utilidad 3º todos los bienes presentes y futuros; luego tambien estos pueden donarse, si alguno quiere ser tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo, *L.* 35. §. 4. *C. h. t.* No obstante para que el que de este modo se desprende inconsideramente de todos sus bienes, no perezca de hambre, se ha establecido que no pueda ser reconvenido por el todo, sino que se le ha de dejar la parte de sus bienes que le sea necesaria para alimentarse y vestirse, *L.* 19. § 1. *L.* 49. *L.* 50. *ff. De judic.* Este beneficio se llama de *competencia*, y de él hablaremos en el §. 1199 y sig. Últimamente, 4º hasta los cosas ajenas pueden prestar utilidad; luego tambien puede hacerse donacion de ellas. Esto podria parecer injusto, porque ¿cómo puede dejar de ser hurto el donar las cosas ajenas? Pero debe observarse, que aquí no se pregunta, si semejante donacion de cosa ajena traslada válidamente el dominio ; lo cual se niega, porque lo que no tiene el donante, no puede trasferirlo á otro. En el caso de preguntarse, si tal donacion de cosa ajena puede perjudicar al verdadero dueño, tambien se negaria, porque á ninguno se le puede quitar contra su voluntad el dominio de sus cosas, á no ser por castigo. Así esta donacion no obsta al verdadero dueño de la cosa, para vindicarla del donatario y de cualquier otro poseedor. Lo que únicamente quieren las leyes, es que si alguno hace donacion de cosa ajena, y el donatario la recibe de buena fe, ignorando que es ajena, pueda adquirir e dominio de ella

por la usucapion, si el verdadero dueño no la vindica en el tiempo legal, esto es, si permite que la posea el donatario por tres años, siendo mueble, y si raíz, por diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes; porque entónces se juzga que ha dejado su cosa por perdida, §. 439.

§. CDLX y CDLXI. Cuanto hasta aquí se ha dicho de la persona del donante y donatario, y de las cosas que pueden donarse, es comun igualmente á la donacion entre vivos y á la por causa de muerte. Se sigue manifestar *en qué se diferencian*. Son diversas 1º *en el modo de hacer la donacion*. La donacion entre vivos, siendo solamente un pacto, no requiere sino el consentimiento, y por tanto no necesita de ningunas solemnidades; mas la donacion por causa de muerte, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades, debe hacerse á presencia de cinco testigos *L. ult. C.* 5. §. *ult. De codicill.* (1). 2º Se diferencia *por razon de la libertad de donar;* pues por evitar el peligro de que se vean reducidos á la mendicidad los que hacen donaciones entre vivos sin consideracion ninguna, con gran prudencia se ha establecido, que si alguno quiere hacer donacion de mas de quinientos sueldos, la haga registrar en las actas públicas (2), y si se

(1) Entre nosotros la *L.* 11. *tit.* 4. *Part.* 5., siguiendo el Derecho romano, exige cinco testigos en la donacion por causa de muerte. Pero despues de promulgada la *L.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10 *Nov. Recop.*, que solo pide tres testigos en los testamentos nuncupativos, debe decirse con Covar., *rub. De testamen. part.* 3. *número* 32, y otros autores, que el número de tres testigos es suficiente en estas donaciones, ya porque las palabras de dicha *L.* 1. *ó otra postrimera voluntad*, comprenden naturalmente la donacion por causa de muerte ; ya tambien porque seria del todo irregular el que en esta clase de donaciones se requiriese una solemnidad mayor que en los testamentos; por lo cual lo que se dispensa en estos, con razon se considera tambien spensado en las donaciones.

(2) Lo mismo exige en España la *L.* 8. *tit.* 4. *Part.* 5., siempre que las donaciones escedan de quinientos maravedís de oro, es decir, de

omite esta anotacion judicial, que no valga lo que esceda de dicha cantidad, *L.* 36. §. *ult. C. h. t.* Pero la donacion por causa de muerte, teniendo efecto despues de esta, no hace mas pobre al donante, y por tanto, ascienda á lo que quiera, no necesita registrarse. *L. ult. C. De mort. caus. donat* 3º Se diferencian *en el efecto;* pues la donacion entre vivos vale al instante, y una vez hecha, no puede revocarse contra la voluntad del donante ó del donatario; porque la obligacion que se contrae por el mutuo consentimiento de dos ó mas que se convienen en una cosa,

los que pesan la sesta parte de una onza de oro, segun prueba Corvar. rub., *De veter. numis. coll. cap.* 6. *num.* 4.; é igualmente establece dicha *L.* 9., que no sea precisa esta anotacion ó registro en las donaciones que se hacen á iglesias, órdenes ú otros lugares religiosos. Pero la donacion de todos los bienes ó de gran parte de ellos, hecha por quien no tiene hijos, se rescinde enteramente *ipso jure* por el inesperado nacimiento de prole que le sobrevenga al domante, *L.* 8. *tit.* 4. *Part.* 5. Pero lo que debe entenderse, cuando se habla de gran parte de bienes, no está espresado en la lei; por lo cual parece probable haberse dejado esto á arbitrio del juez, López, *glos.* 3. *de dicha L.* 8., Molina, *tract.* 2. *De just, et jure, disput.* 282.; quienes examinan sobre esta materia otras varias cuestiones. No obstante la citada lei de Partida, en cuanto habla de la donacion de todos los bienes, se debe entender segun lo dispuesto por las leyes de Toro, que tiene lugar en el caso en que el donante se hubiere reservado el usufructo ú otro derecho; pues de otro modo semejante donacion de todos los bienes, aunque solo sea de los presentes, es nula desde un principio, independientemente del nacimiento de hijos, segun la *L.* 60 *de Toro*, que es la *L.* 2. *tit.* 7. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* Y esta donacion de todos los bienes ya ántes se habia declarado nula por la *L.* 7. *tit* 12. *lib.* 8. *del Fuero real.* (Sala, *Inst. rom. hisp. lib.* 2. *tit.* 7 *nota al* §. 2.) El que no tiene sucesion, puede hacer donacion de todos ó la mayor parte de sus bienes, si se reserva el usufructo vitalicio; pero se revocará por el hecho de sobrevenir sucesion legítima al donante. Tambien se revoca la donacion, cuando perjudica á la legítima de los hijos de este. Están igualmente prohibidas las donaciones entre marido y mujer, escepto aquellas que no empobrecen al uno para enriquecer al otro.

no se disuelve por voluntad de uno, sino por el mutuo disenso. Mas la donacion por causa de muerte, participando de las últimas voluntades (§. 456.) es siempre revocable, porque la voluntad del hombre es variable hasta la muerte, §. 1. *Instit. h. t. L.* 16. *L. ff. De mort. caus. don.* 4º Se diferencian *por razon de la traslacion del dominio.* La donacion entre vivos es ciertamente un título hábil para trasferir el dominio, §. 339.; pero el título no da sino derecho *ad rem*, pues el derecho *in re* nace de la subsiguiente tradicion, §. 339.; y por tanto no me hago dueño de la cosa que se me ha dado, hasta que se verifica la tradicion, §. 40 *Inst. De rer. divis.* Al contrario como la donacion por causa de muerte es semejante á la última voluntad, §. 456., y por las últimas voluntades pasa á nosotros el dominio sin la tradicion, desde que se verifica la muerte del testador ó donante, §. 339.; las cosas donadas por causa de muerte, se hacen nuestras, al punto que muere el donante, con tal que en vida no hubiese revocado la donacion. *L.* 16. *L.* 30. *ff. De mort. c. don.* Se diferencian 5º *por razon del pago.* El que es demandado por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no es condenado en el todo, sino en lo que puede serlo, como dijimos en el § 459. Al contrario, si al heredero se le manda pagar la donacion por causa de muerte, y no le queda salva la cuarta parte de los bienes, puede sacar la *cuarta falcidia*, de la cual trataremos esprofeso en el §. 645 y sig. Últimamente se diferencian 6º *en las acciones*; pues si preguntamos, por qué accion pedimos la donacion entre vivos, ya se ha dicho poco há que es un pacto; y los pactos por Derecho romano no producian accion, á no ser que fuesen legítimos, ó pretorios, ó añadidos á un contrato de buena fe, §. 777. Á la primera especie pertenece la donacion entre vivos, porque le asiste la lei, y manda que la donacion

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

prometida se entregue, §. 35. *C. h. t.* Naciendo de todos los pactos legítimos la *condiccion ex lege*. §. 1157., es consiguiente que tambien la donacion entre vivos se ha de pedir por la *condiccion ex lege*, á saber, por la L. 35. §. 4, 5 *C. De don.;* á no ser que á la donacion acompañe la estipulacion, pues en este caso puede obrarse por la accion *ex stipulatu, pr. Inst. De verb obl.* Al contrario la donacion por causa de muerte es semejante á las últimas voluntades, §. 456.; y por tanto nacen de ella las mismas acciones que de los legados, á saber, la personal del testamento, la hipotecaria y la vindicacion de la cosa: pues abajo veremos (§. 639.) que nacen estas acciones de los legados.

§. CDLXII. Poco hace advertímos, que la donacion entre vivos no es revocable (460. 3.); y esta es la regla. Mas como apénas se halla ninguna sin escepcion, especialmente en jurisprudencia, *L.* 202. *ff. De reg. jur.*, sucede aquí que la donacion se revoca, 1° *si es inoficiosa, L.* 5. *L.* 7. *C. De inoff. don.* Qué sea inoficioso, lo diremos en el título del testamento inoficioso, pues en el Derecho llamamos *inoficioso* todo aquello en que se perjudica en la legítima á los hijos, padres, hermanos ó hermanas. Así decimos *testamento inoficioso* aquel en que á estas personas no se les ha dejado la porcion legítima; *dote inoficiosa*, cuando es tanta que á los restantes hijos no les queda íntegra la legítima; *donacion inoficiosa*, la que perjudica á los hijos en su legítima; y esta, como dije, puede revocarse. 2° Tambien se revoca la que escediendo de quinientos sueldos, no se hace por los trámites judiciales, porque si bien los hombres no son inclinados por naturaleza á donaciones escesivas, no obstante á vezes no miran por sí. Por tanto, interesando á la sociedad que ninguno use mal de sus cosas, §. 2. *Inst. De his qui sui vel alien. jur.*, y siendo profusion mas bien que liberalidad, la que se verifica sin consultar á la razon:

se ha determinado, que el que quiera hacer donacion de mas de quinientos sueldos, esté obligado á registrar judicialmente en las actas la donacion, *L.* 21. *ff. L.* 34. *pr. L.* 36. *fin. C. De don.* Y si se omite esta circunstancia del registro en las actas, vale la donacion hasta los quinientos sueldos, y lo que de aquí pasa, puede revocarse. Si se han hecho muchas donaciones en diversos tiempos, por ejemplo, hace tres años una de doscientos sueldos, hace dos años otra de trescientos, y otra de cuatrocientos el año pasado; ¿será nulo lo que escediendo de quinientos sueldos, se ha dado sin registrarlo? No, con tal que no se haya dividido aquella suma en fraude de la lei, *L.* 34. §. 3. *C. h. t.* ¿Qué sucede si por algunos años se hace donacion de cierta cantidad? Si se ha donado por la vida del donatario, no se necesita de registro, porque es incierto el tiempo que ha de vivir; mas si se hace mencion de los herederos, conviene que se registre, porque es bien cierto, que aquella suma anual puede entónces esceder la cantidad de quinientos sueldos, *L.* 34. §. 4. *C. h. t.* Hai tambien ciertas donaciones que manifiestamente no requieren ser registradas, por grandes que sean; como si se ha donado algo (a) para la redencion de cautivos, *L.* 36. *pr. C. h. t.*; (b) para reedificar los edificios destruídos por incendio ó ruina, *L.* 36. §. 2. *C. eod.*; (c) si la donacion se ha hecho á los soldados por el tribuno militar, *L.* 36. §. 1. *C. eod.*; (d) si la donacion es recíproca ó remuneratoria; pues ciertamente, si doi á mi esposa un anillo de mil sueldos, y ella me regala otro, por ejemplo, de mil ciento, ninguno de los dos queda perjudicado, de manera que haya necesidad de registro. 3° Tambien se revoca, por *ingratitud* del donatario. La ingratitud es *simple*, si uno no hace bien á su bienhechor, ó *enorme*, si le hace daño: no basta aquí la primera para revocar la donacion, sino que especialmente se requieren, ó (a) atrozes injurias, ó (b)

asechanzas puestas á la vida del donante, ó (c) que ponga en él sus impías manos, ó (d) que el donatario cause á gran parte de los bienes del donante daño grave. El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. ult. C. De revoc. don.*, en la que tambien se ha de advertir, que el donante puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no la hecha á los herederos de este; pues si el mismo donante no la revocase, se entiende que perdona la injuria ; y es general la regla de que *las acciones que meramente se dirigen á la vindicta, no pasan á los herederos*. Y ni aún contra los herederos del donatario ingrato compete la accion para revocar la donacion, por ser encaminada á la vindicta, y no tener esta lugar sino contra aquel que nos hizo la injuria, y los herederos del donatario no han hecho ningun daño al donador, *L. 7. C. De rer. don.* 4º Hai lugar á la revocacion de la donacion por la *supervencion de hijos*; lo cual se prueba con la *L. 8. C. De rer. don.*, á la que escribió un prolijo comentario el erudito jurisconsulto And. Tiraquelo; pero en realidad aquella lei solo habla del caso especial en que el patrono hiciese donacion del todo ó parte de los bienes á sus libertos, y luego le sobreviniesen hijos. Y aunque los derechos de los patronos no se han de estender desde luego á otras personas, los doctores interpretan tan latamente esta lei, que conceden este derecho á todos los donantes sobreviniéndoles hijos, *Merilio, Observ. l.* II. *c.* 34. Aún cuando no aleguen otra razon, que el que parezca que ninguno antepone las sucesiones ajenas á las propias, *L.* 30. *C. De fideicomm.*, no obstante en la práctica triunfa esta errónea sentencia de los intérpretes.

§. CDLXIII. Falta cierta especie singular de donacion, á saber *la donacion propter nuptias*. Antiguamente tenia un nombre griego que significaba *donacion ante nuptias*, porque durante el matrimonio no podian hacerse donacion los cónyuges. Despues que mudó esto Justiniano, y permitió al marido que pudiese constituir á favor de su esposa, estando casada, semejante donacion, ya no correspondia el vocablo á la idea que representaba; y por tanto Justiniano quiso que en adelante se llamase donacion *propter nuptias*, §. 3. *Inst. h. t.* Es *donacion propter nuptias* la que hace el marido á la mujer, ó el esposo á la esposa, para seguridad de la dote. Digo para seguridad de la dote, y por tanto si el esposo da á la esposa, por ejemplo, un anillo, sin consideracion á la dote, se llama *liberalidad esponsalicia*, de la cual trata la *L.* 16. *C. De don. ant. nupt.* Dándose pues para seguridad de la dote, es consiguiente, 1º que sea semejante á la dote por razon de la cantidad y condiciones; y así lo determinó espresamente Justiniano, *Nov. XCVII;* si bien antiguamente era de distinto modo. De aquí es, por ejemplo, que si la mujer lleva de dote al marido diez mil, otro tanto debe darle á ella el marido. 2º Que durante el matrimonio no pasa á la mujer el dominio, y sí solo el derecho de hipoteca en los bienes del marido, *L.* 29 *C. De jur. dot., Nov., LXI. c. 1. princ.* 3ª Que la mujer no percibe durante el matrimonio ni aún los frutos de la cosa dada de este modo, pues si la mujer percibiese los frutos, entónces seria inútil la dote al marido, *L.* 29. *C. De jur. dot. L.* 20. *C. eod.*; y la dote se constituye para sostener las cargas del matrimonio. Supongamos que la mujer me trae en dote diez mil, y que yo le doi *propter nuptias* otros diez mil, si entónces percibiese yo por los frutos de la dote 500 florines, y la mujer por los frutos de la donacion *propte nuptias* 500 florines, ciertamente nada recibiria de ella, y aquella dote no me serviria para sostener las cargas matrimoniales.

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 definicion 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 definicion 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 Teófilo en su *Paráfrasis de las Inst. h. t.*, no sin oportunidad llama *posiciones paradojas*; á saber, 1° á vezes sucede que uno es dueño, y sin embargo no puede enajenar; lo cual se demuestra en el §. 465 y sigg. 2° Otras vezes el que no es dueño, tiene derecho de enajenar; de lo que se trata en el §. 467 y sig.

§. CDLXV. I° Á vezes el dueño no puede enajenar. Esto lo prueba el emperador, 1° 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 vindicar, *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 jurisconsultos, 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 l mujer viera que el marido malversaba los bienes dotales, y que n tenia patrimoniales con que suplir su falta al disolverse el matrimo mo, 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 vezes 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, 1° si decimos qu 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. 2° 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 le 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.* 21. Pues siendo frecuentísimos 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 cònsules, sino por los maridos*), acontecia muchas vezes que repudiada la mujer, cuya dote habia ya consumido el marido, se veia 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 povincial, no pudiesen enajenarse ni hipotecarse por el marido, consintiera ò no consintier a la mujer*; 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 solalamente del fundo dotal, pues si la dote consiste en cosas muebles, no hai duda que el marido puede enajenaria. (bb) Y del fundo, como cosa raíz, no está prohibida la enajenacion en todos los casos, pues se esceptúa 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.* 3° Tampoco se prohibe 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 2° 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, 1° 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 hiciese 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 enajena, 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.* 131. *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, esceptuando 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, §. 251; 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 (IIª) 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 sería inútil la prenda al acreedor, y no le prestaria 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 razon 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 adquiriese 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.* §. 1. *C. De jur. dom. impetr.* (1). (b) Si han pactado *que no se venda*, deben preceder tres requerimientos, y concluídos 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

(1) En España, cuando al constituirse la prenda se señaló dia para pagar, pactándose que si el pago no fuere hecho, se pueda, en llegando el dia convenido, venderse la prenda; no basta que llegue el dia para que pueda verificarse esta venta, sino que en este caso es necesario todavía un requerimiento que se debe hacer al deudor, si estuviese 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.* 5. Mas si no ha mediado pacto de vender la prenda, no podrá esta venderse hasta que pasen 12 dias, cuando la prenda consiste en una cosa mueble, ó 30, si consiste en una inmueble; cuyos términos se deben contar desde el dia 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 dia 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 raízes y muebles. Las cosas muebles puede enajenarlas con tal que no sean mui preciosas, y que guardándolas no puedan conservarse, *L.* 22. *C. De adm. tut. ult. C. Quando decr. non opus.* Al contrario, si son raizes 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 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, 1° 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 indistintamente 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, 2° 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, §. 41, 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, 1° *si adquieren algo con su trabajo*, 2° ó *con cosa nuestra*, ó 3° 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 instituído 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 instituído heredero, podria 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 quiritario, §. 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.* 15. 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 hoi debe decirse, que cuanto adquiere el hijo de familia es para el padre, esceptuando 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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

sus hijos en los primeros tiempos, consistia tambien las mas vezes 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 sepado 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 mencion Plauto, *Casin. act. II. sc.* 2. *v.* 26. Mas hoi 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 hoi dia 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 definicion, 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 1° 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 2° 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 escelencia del ingenio y un elevado mérito. Todas estas cosas pertenecen al peculio cuasi castrense, porque son adquiridas con ocasion de la milicia togada, *L. últ. 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 estraño, 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, escepto el que refiramos al peculio profecticio lo que vino al hijo por consideracion de su padre. Mas esto debe entenderse de suerte que si un estraño 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; perteneceria 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 esplicará 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 entónces 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 militares 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, § 458. 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) Así lo disponen tambien las *leyes* 6. *y* 7. *tít.* 17. *Part.* 4.

(1) Véase la *L.* 5. *tít.* 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 manifiestamente inútil al hijo. Con todo no dejaba de serle de alguna utilidad, pues 1° si el padre cometiese delito tan enorme que se confiscasen sus bienes, como suele hacerse si uno es condenado por el crímen de estado ó lesa majestad, *L.* 5. *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.* 2° 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.* 31. §. 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 III[a]: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre*, §. 1. *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 vezes 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 testa- « mento, 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 poderío que há sobre el fijo. » *L.* 5. *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 *estraordinario* ó *irregular*, cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto se verifica en cuatro casos: 1° si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2° si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3° 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. 4° Si el padre manejase 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 estraordinario, 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 a 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 enlaze 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 *accesion* y la *tradicion;* de los cuales se ha tratado en el tít. 1° de este lib. 2° §. 342 y siguientes. Los civiles los dividímos 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 *usucapion*, de la que se

(1) Tambien en España se adquiere la obligacion 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 6°; la *donacion*, de la que se habló en el 7°; 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 confratern dad*, 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, concluída 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, habiendo sucedido los primeros en el mui pingüe ducado de los segundos,

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 enlaze 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 *accesion* y la *tradicion;* de los cuales se ha tratado en el tít. 1° de este lib. 2° §. 342 y siguientes. Los civiles los dividímos 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 *usucapion*, de la que se

(1) Tambien en España se adquiere la obligacion 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 6°; la *donacion*, de la que se habló en el 7°; 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 confratern dad*, 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, concluída 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, habiendo sucedido los primeros en el mui pingüe ducado de los segundos,

muerto el último duque de esta casa. Tal es el que hai hoi dia entre los duques brandebúrgicos y mecklembúrgicos, aunque no sea recíproco; pues estinguiéndose la familia de los últimos, suceden los primeros, por lo cual llevan ya el título y armas mecklembúrgicas, mas no suceden estos, muertos los duques de Brandeburgo; debiendo buscarse en el Derecho público la razon de este pacto desigual. Ocurriendo pues tantos pactos sucesorios en la historia, serán lícitos? Respondemos, que aunque por Derecho antiguo aleman no estuviesen prohibidos estos pactos, y aún al presente puedan celebrarse entre príncipes, sin embargo la legislacion romana, léjos de permitirlos, los desecha manifiestamente. Así es que Justiniano los llama *odiosos y de funestos efectos.* Véase la *L.* 30. *C. De pact. contr. bon. mor. fact.*, Juliano en la *L.* 61 *ff. De. V. O.* y Diocleciano y Maximiano, *L.* 4. *C. De inutil. stip.* Papiniano en la *L.* 29. §. 2 *ff. De donat.* dice con elegancia, que *semejantes contrayentes atacan las buenas costumbres y el Derecho de gentes;* y últimamente Ulpiano *en la L.* 2. §. 2. *ff. De vulg. et pup. subst.* afirma, *que es un malvado el que solicita la herencia de un vivo.* Prueban pues bastante todos estos testimonios, que no valen por Derecho romano los pactos sucesorios. Dos son las razones: 1ª porque con ellos están en gran peligro los contrayentes, pues el que sabe que será heredero, si otro muere primero, preferirá percibir la herencia á aguardarla, y por tanto fácilmente le inclinará la maldad á poner asechanzas á su vida; y por esto los llama Justiniano odiosos y de funestos resultados. 2º Porque así sucederia, que la voluntad del particular derogaria las leyes de la sucesion; lo que no puede hacerse por la *L.* 38. *ff. De pact.* Segun esto las leyes desechan todos los pactos sucesorios, y quieren que todos los herederos lo sean por testamento ó abintestato: de manera que la sucesion testamentaria se prefiera á la sucesion abintestato, y que cuando se espera sucesor por testamento, no tengan lugar los herederos abintestato, *L.* 39. *ff. De adqu. vel omitt. her.*

§. CDLXXXVI. Mas aquí nace una nueva duda, pues si es cierto que el Derecho público no puede mudarse por la voluntad de los particulares, *L.* 38. *ff. De pact.* ¿cómo pudo permitirse á estos hacer testamentos, y nombrar el heredero que quisieren, destruyendo con su voluntad privada las leyes acerca de la sucesion abintestato? No es á la verdad del todo infundada esta duda; pero fácil y elegantemente nos saca de ella Corn. van Bynckersh. *Obs. l.* 2. *c.* 2. Negamos desde luego que el antiguo modo de testar consistiese en la voluntad privada, pues por el §. 1. *Inst. h. t.* sabemos que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios *calados*, cuya palabra viene de *calare*, que significa convocar ó llamar. Convocados pues los comicios, el magistrado preguntaba al pueblo, si querian ó no que este ó aquel fuese heredero por derecho y lei, como si fuese su hijo ó heredero mas próximo. En seguida votaba el pueblo, y si la mayor parte de las curias consentian en esta lei, era aquel heredero. Pregunto ahora, ¿qué otra cosa era semejante testamento que una lei pública? Porque ciertamente *lei* entre los romanos era la que establecia el pueblo romano en los comicios á propuesta de un magistrado senatorio, § 46. Por tanto, si un ciudadano romano hacia testamento en los comicios convocados, no mudaba el derecho público de la sucesion de los agnados por voluntad privada, sino que se derogaba una lei por otra nueva; lo cual nadie duda que pueda hacerse. Por lo demas tambien podemos dar ahora la razon de tantas sutilezas como usaban los romanos para hacer testamento. Es de saber que seguian aquella regla del Derecho: *nada es mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se unió, L.* 35. *ff. De R. J.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Ahora bien, estando establecida por lei la sucesion de los mas próximos parientes, no podia revocarse de otro modo que por una nueva lei. Luego los testamentos eran leyes; y no pudiéndose hacer estas, segun las costumbres de los romanos, sino en los comicios, era consiguiente que tambien se hiciesen los testamentos en los comicios convocados.

§. CDLXXXVII y CDLXXXVIII. Con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos; porque, ¡cuán molesto no era convocar á todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterlo á sus votos! Agrégase, que así era conocido siempre el heredero, y podia suceder fácilmente lo que poco hace dijimos de los pactos sucesorios, á saber, que querria mas el heredero tener la herencia, que no esperarla, y por tanto podia poner asechanzas á la vida del testador. Siendo pues por estas causas mui molesto hacer los testamentos en los comicios convocados, se introdujo el otro modo de hacerlos por *el peso y la moneda*. Hace mencion de él Justiniano §. 1. *Inst. h. t.* y tambien Gelio, *Noct. att, XV.* 26; pero ninguno lo describió tan minuciosamente como Ulpiano, *Frag. tít.* 20. §. 9. Observa este que en dicha testamentifaccion hai dos cosas á que atender: *la enajenacion de los bienes de la familia* y *el nombramiento de heredero*. Se hacia 1° llamando cinco testigos ciudadanos romanos; 2° el libripende que tenia la balanza; 3° el antestado que se llegaba al oído de los demas testigos presentes, y les advertia que se acordasen, y últimamente, 4° el comprador de los bienes que representaba al heredero y compraba la herencia en especie. Ante todas cosas pues el comprador de la herencia echaba una moneda en la balanza, y decia, *que era suya la familia ó herencia, porque la compraba con aquella moneda y peso*. Despues el testador cedia el derecho de ella al comprador, y seguia el nombramiento de heredero, que se hacia levantando el testador en alto las tablas selladas que contenian su última voluntad, y añadiendo las palabras solemnes: *doi, lego, testo, segun que en estas tablas de cera está escrito, lo que en ellas se espresa, y vosotros, caballeros romanos, dad testimonio de ello*. Últimamente el antestado se llagaba al oído de los testigos presentes, y les encargaba que se acordasen de todos estos actos. Mas por qué se inventaron estos nuevos ritos? La razon es esta: dijimos en los párrafos anteriores que no se podia trasmitir la herencia por los pactos sucesorios; mas habiéndose establecido por la lei de las XII Tablas, *que se tuviera por lei lo que el padre de familias dispusiese acerca de sus bienes ó de la tutela de sus hijos*, los jurisconsultos, que inventaban las acciones de la lei, cuidaban del rito con que mas cómodamente pudiesen trasferirse los bienes ó la herencia á otra persona; y viendo que la herencia, como cosa mui preciosa, era cosa *mancipi*, §. 330, y que las cosas *mancipi* solian venderse y entregarse con el rito de la emancipacion, coligieron de aquí, que tambien la herencia podia trasferirse con aquel rito; y por lo mismo este testamento no era otra cosa que una venta imaginaria. Llámolo compra y venta imaginaria, porque no se pagaba el justo precio, sino una moneda, y el comprador no adquiria la herencia, sino el heredero escrito en las tablas de metal.

§. CDLXXXIX. Por largo tiempo estuvo en uso este modo de testar, pues Ulpiano, *Frag. tit.* 20. §. 2. atestigua, que en su *tiempo*, esto es, en el del emperador Alejandro, era uno de los que estaban en uso; pero entre tanto habia inventado el pretor otro género de testamento, que se llamaba *pretorio*, y no requeria mas que siete firmas. Si sellaban las tablas con sus anillos siete testigos, el pretor daba en conformidad de ellas, no la herencia, pues no podia, sino la *posesion de los bienes*, que en el

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

efecto no se diferenciaba en nada de la herencia. Nuestro Justiniano hace mencion de este testamento pretorio en el §. 2. *Inst. h. t.* y consta que fué antiquísimo, de Ciceron en la primera oracion contra Vérres, *c.* 45, donde presenta el mismo edicto del pretor.

§. CDXC. ¿ Para qué hemos referido tan difusamente estas noticias históricas y de antigüedades, no haciéndose en el dia los testamentos, ni en comicios convocados, ni por la moneda y el peso, ni segun el uso pretorio? No es esto detenerse en antiguallas inútiles ? De ningun modo; tambien el emperador Justiniano hizo relacion de las mismas especies de testamentos, y porque alguno no creyese que era infructuoso, advirtió, que *ninguna cosa de la antigüedad debíamos ignorar en este punto*. La razon es, porque de estos diversos testamentos se formó uno de nueva especie, que despues describiremos : en él hai ciertas cosas, de que no puede darse razon sin tener bien presente el antiguo modo de hacer testamento en los comicios convocados, y en los que se hacian por el peso y la moneda.

Con estos antecedentes entraremos en materia, y esplicaremos la *definicion*, *division* y *solemnidades de los testamentos*. La definicion dada en este mismo párrafo fácilmente se entiende : *testamento* es *la espresion solemne de nuestra voluntad, acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*. Decimos, 1° que es *la espresion de la voluntad*, pues los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los impúberes, no pueden declarar y esplicar su voluntad, como los sordo-mudos, los niños etc. Decimos 2° que es la espresion *solemne* (*justa*) de nuestra voluntad, para distinguir el testamento de los codicilos, pues estos tambien son la espresion de nuestra voluntad, pero no *justa* ó solemne, porque está destituída de todas las solemnidades. *Justa* significa pues aquí

solemne, esto es, en que se observan todos los requisitos que la lei exige. Se añade 3° *acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*, esto es, de todos sus bienes; pues si uno dispone solamente de algunas de sus cosas, y á ninguno instituye heredero, no se entiende que ha hecho testamento, sino codicilo. Por tanto el testamento debe contener la disposicion de todos los bienes, para que sepamos quién ha de ser heredero y sucesor de todos los derechos del difunto.

§. CDXCI. Tambien se manifiesta ya fácilmente de cuántas maneras sea el testamento. Dijimos que es la espresion solemne de nuestra voluntad : esta la declaramos ó por escrito ó de viva voz : si lo primero, el testamento será *escrito*; si lo segundo, *nuncupativo*. Mas en esto debe atenderse, no á lo que haga el escribano, sino á la intencion del testador. Si este quiso testar por escrito, el testamento será escrito, aunque al mismo tiempo leyese á los testigos lo que disponia en las tablas : al contrario, si su intencion es nombrar heredero de viva voz, será nuncupativo el testamento, aunque el escribano ponga el nombramiento por escrito para conservarlo en la memoria, *L. ult. C. De testam.* Siguen ahora algunos axiomas que fácilmente se entenderán : 1° *Todos pueden testar por escrito ó de viva voz*. Emundo Merilio, célebre jurisconsulto, *Obs. l.* 2. *c.* 1. *y l.* 4. *c.* 39., esceptúa á las mujeres, pretendiendo que solamente pueden testar de viva voz, y no por escrito, mas es constante que en nuestras leyes se hace mencion de herederos de mujeres, nombrados en testamento escrito, *L.* 19. *ff. De off. test. L.* 37. §. 6. *ff. De legat.* 1. *L.* 3. *C. De inoff. test. L.* 33. *ff. De vulg. et pup. subs.;* y tambien en Suet. *Galb. c.* 5. y Plin. *l.* 2. *Ep.* 20. Cayó en este error el famoso Merilio por la *L.* 77. §. 24. *ff. De legat.* 2., la cual hemos esplicado en nuestro *Coment.* á la *L. jul. y pap. l.* 2. *c.* 11. *p.* 240.; de

suerte que no es necesario añadir aquí nada. 2° Otro axioma es : *se ha de testar de todos los bienes;* y 3° *ninguno puede morir en parte testado, y en parte intestado.* Lo cual es tan verdadero, que en la *L.* 7. *ff. De R. J.* se dice que pugnan entre sí estas dos cosas, testar y quedar intestado. De aquí es, por ejemplo, que si uno instituyese á otro heredero en diez florines, y no añadiese quien habia de tomar los demas bienes, los llevaria todos el nombrado heredero en diez florines, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado. 4° *Ninguno puede morir con dos ó mas testamentos, L.* 19. *C. De test. mil.* La razon está á la vista : el testamento es la última voluntad; la voluntad del hombre es variable hasta la muerte; si existe pues un testamento mas reciente, el primero no contiene la última voluntad, y por tanto se rompe por el posterior, así como la lei anterior se deroga por la posterior. De paso puede aquí preguntarse, ¿ por qué en las últimas voluntades se observa la regla de que *la voluntad del hombre es variable hasta la muerte,* no sucediendo lo mismo en los contratos? Porque á la verdad, si yo me quisiera apartar de una venta, por haber mudado mi primera voluntad, mereceria la burla de todos. La razon de la diferencia consiste en que las últimas voluntades son unilaterales y solitarias, por las que ninguno adquiere un derecho forzoso, sino solo esperanza; y los contratos son actos bilaterales, el consentimiento de dos ó mas acerca de una cosa; de donde nace para otro, no la esperanza, sino un derecho, que yo no puedo quitar por mi voluntad. 5° *Del que ha de hacer testamento, se exige que esté en su cabal juicio, L.* 2. *ff. Qui test. fac. poss.* ¿ Cómo ha de declarar su última voluntad y espresar su intencion el que está destituído de razon, y no sabe ni lo que piensa, ni lo que quiere? De lo cual fácilmente se deduce que ni el furioso, ni el mentecato, ni el niño pueden testar, como veremos abajo en el título XII.

§. CDXCII. De definirse el testamento la solemne espresion de nuestra voluntad, nace el axioma 6° *en el testamento se han de observar todas las solemnidades que las leyes exigen.* Una que se omita, es el testamento *injusto ó nulo, L.* 1 *ff. De injust. rupt. irrit. test.*, pues las leyes introdujeron las solemnidades; y el Derecho público y las leyes no se mudan por la voluntad privada, *L.* 5. *C. De leg.* De aquí es que, aunque en la *L.* 88. § 17. *ff. De legat.* 2. se ve que Lucio Ticio habia escrito en su testamento : *yo Lucio Ticio escribí mi testamento sin consejo de ningun letrado, siguiendo mas bien la razon de mi entendimiento que una esquisita y estremada diligencia; y así, aunque no lo hiciere tan legalmente y con tanta pericia como se requiere, la voluntad de un hombre que está en su sano juicio debe tenerse por lei*; sin embargo no valió aquel testamento, y se añade, que los herederos abintestato pidieron la posesion de los bienes. Las *solemnidades* son ciertos requisitos esenciales, que las leyes no quieren se omitan en el testamento; y son ó *internas*, que pertenecen á la *materia ú objeto* del testamento, ó *esternas*, que pertenecen á su *forma*. La razon de exigir las leyes tantas solemnidades, no fué otra que el no haber cosa que deseen mas los hombres que la herencia, al mismo tiempo que no la hai tan espuesta á fraudes y á maldades como el testamento. Para poner pues un dique á estas malas artes, requieren las leyes tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos, á fin de que no sea mui fácil fingir, falsear ó corromper un testamento. Sobre este asunto he tratado largamente en la *Orac. inaugural*, pronunciada por mí en Franequera, *sobre la jurisprudencia formularia de los antiguos, y los ritos solemnes que acompañaban á los negocios civiles.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. CDXCIII. Llegamos ya á las mismas solemnidades, y en primer lugar á las *internas*. De esta clase solo hai una, á saber, la *institucion de heredero*, pues si esta falta, ó no es válida, se destruye todo el testamento (1); por lo que en el §. 34. *Inst. De legat.* se llama elegantemente á la institucion de heredero *principio y fundamento de todo el testamento*. Y ciertamente, debiéndose en el testamento disponer de todos los bienes, §. 490., y siendo heredero el que sucede en todos ellos, es evidente que nunca debe omitirse en el testamento la institucion de heredero. De aquí es, que si uno haciendo testamento lega mil reales á su hermano, diez mil á su primo, una biblioteca á Pedro, los prados, las tierras y casas á Juan, y así va dejando legados y fideicomisos, mas no designa heredero, no hace testamento, sino codicilos. Se pregunta pues, ¿ cómo se ha de instituir heredero? En nuestras leyes se requieren precisamente las palabras imperativas ó sus equivalentes: *Pedro sea heredero; quiero que sea heredero Pedro.* Por tanto si uno dijese: *ruego á Pedro, mi heredero, que entregue la herencia á Juan*; este no seria heredero directo y ordinario, sino fideicomisario, porque no hai aquí ninguna palabra imperativa y directa. La razon de exigir nuestras leyes semejantes palabras imperativas, viene de que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios calados ó convocados, y por tanto eran leyes, § 486.; y las leyes no se dictan con palabras de súplica, sino imperativas: *haz esto, no hagas esto otro*. Por tanto ya entenderemos fácilmente por qué en las XII Tablas *legar* significa testar, pues la palabra *legar* viene de *lex*, verificándose que hacemos como una lei, cuando dejamos algo en el testamento, segun dice Ulpiano, *Frag. tit.* 24. §. 1.

(1) La *L.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* manda que valga el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y que entónces herede aquel, que segun Derecho y costumbre habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que este se cumpla, etc.

§. CDXCIV. Pasamos á las solemnidades *esternas* de los testamentos, las cuales pertenecen á la forma de ellos, y son muchas. La primera de ellas es la *unidad de acto*; y se dice que en el testamento hai unidad de acto, 1º si se celebran todas las solemnidades en un mismo tiempo, y no se interrumpe el acto de testar; y 2º si se ordena el testamento sin mezclar otro acto alguno. De aquí es que si hoi firman ó ponen el sello tres testigos, y mañana cuatro, no vale el testamento, porque no es hecho en un acto, L. 28. *C. De test.* Así tambien, si empieza el testador á testar y á manifestar su última voluntad, y en seguida interrumpe este acto, celebrando un contrato con alguno de los testigos presentes, y concluído, prosigue su testamento, no adelanta nada, porque falta la unidad del acto, *L.* 20. *ff. De V. S.* Mas por lo que toca á lo primero, debe entenderse civilmente; pues si al testador ó al testigo le ocurre algun impedimento breve y momentáneo, por ejemplo, si da un desmayo al testador, ó el testigo tiene que satisfacer alguna necesidad natural, no por eso se entiende al punto interrumpido el acto, *L.* 28. *C. De testam.* Pero ¿ por qué exige esto tan escrupulosamente nuestro Derecho? La razon se hallará tambien en el testamento que se hacia en los comicios convocados. Interrumpidos los comicios, ó por agüeros siniestros, ó por enfermedad que sobreviniese, ó por intervencion del tribuno de la plebe ó de los magistrados, lo que en ellos se habia acordado, no valia y era lo mismo que si nada se hubiese dispuesto. Á imitacion de esta costumbre, tambien los testamentos debian hacerse en un acto, aunque ya no se hiciesen convocados los comicios, como dijimos en la citada *Orat. inaug.*

§. CDXCV. Otra solemnidad esterna era *la presencia de*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

siete testigos. Se requieren precisamente 1° siete testigos, no por alguna razon misteriosa, sino para representar las personas que entraban en el testamento por la balanza y moneda, á saber, cinco testigos, el antestado y el libripende; pues el comprador de la herencia representaba al heredero. 2° Los testigos deben ser *rogados* (1), pues no basta que de paso y casualmente estén presentes siete testigos, sino que se les ha de rogar y hacérseles saber, que el testador quiere hacer testamento, y que sean convidados para que asistan y suscriban. Y por qué esto? Otra vez debemos recurrir á los comicios convocados, pues tambien en estos era necesaria la súplica solemne: *queréis, mandáis, ciudadanos romanos*, etc., como arriba advertimos, §. 487.; y aquella súplica á los testigos debe representar la solemne súplica de los comicios. 3° Tambien los testigos deben *ver* al testador, *L.* 9. *C. De test.*; lo cual parece exigir la misma razon, porque ¿qué cosa mas fácil que meterse uno en la cama del testador ya difunto, é instituirse heredero á sí mismo ó á los que él quiera, si los testigos no ven al testador? Por eso de noche son precisas luzes, y si la cama está rodeada de cortinas ó pabellones, se han de descorrer tambien. 4° Los testigos deben ser capazes de *testamentifaccion*. Esta regla se halla espresa en el §. 6. *Inst. h. t.*; y unos entienden que se habla de la testamentifaccion activa, otros de la pasiva, y otros de una y otra; porque Teófilo ilustra aquella regla con esta paráfrasis: *aquellos que pueden instituirnos herederos, y ser instituidos por nosotros, tambien pueden ser testigos*. Empero de cualquier modo que se

(1) En España ni en el testamento nuncupativo, ni en el escrito se necesita que los testigos sean rogados, por cuanto las *LL.* 1 *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* que esplican las solemnidades que se deben observar, no hacen mencion de que sean rogados los testigos. Por consiguiente queda corregida la *L.* 1. *tit.* 1. *Part.* 6. y otras del mismo código, segun las cuales parecia necesario rogar á los testigos.

tome la regla, será falsa. Si se entiende la testamentifaccion activa, lo contradice el ejemplo de la mujer, que puede testar, y no puede ser testigo en el testamento. Si se interpreta la regla por la testamentifaccion pasiva, lo repugna no solo el ejemplo de la mujer, sino el del siervo, del infante, del impúber, que bien pueden ser instituídos herederos, y sin embargo no pueden servir de testigos al testador. Ultimamente si se abraza una y otra testamentifaccion, otra vez se opone la mujer, que puede testar y ser instituída heredera, y no obstante no vale para testigo, como dije. Por lo cual la regla se ha de entender de la testamentifaccion que se hacia antiguamente en los comicios convocados, siendo su sentido: *todo el que antiguamente podia testar en los comicios convocados, tambien hoi dia puede ser testigo*. Así es verdadera la regla; y con ella fácilmente damos razon de por qué no puede ser testigo (*a*) *la mujer*, §. 6. *Inst. h. t.*, (*b*) *el impúber*, (*c*) *el siervo*, *L.* 20. §. 6, 7. *ff. Qui test. fac. poss.*, (*d*) *el furioso*, y (*e*) *el sordo-mudo*; pues todos estos no tenian derecho de asistir á los comicios, ni tampoco los pródigos, los cuales se comparan á los furiosos. Por otras razones no se admiten (*f*) los *ciegos*, porque no pueden ver al testador; lo cual ántes dijimos era necesario; (*g*) ni los condenados á alguna pena por libelos infamatorios, porque era tanta su vileza é infamia, que con razon no se les daba crédito en nada. El jurisconsulto Domicio Labeon propone á Juvencio Celso la cuestion, de si el que escribió el testamento (como hoi dia el escribano) puede firmar como testigo, *L.* 27. *Qui test. fac. poss.* Pero á Celso pareció tan necia esta cuestion, que en adelante todas aquellas en que no se halla razon de dudar, han solido llamarlas los jurisconsultos *cuestiones domicianas*. Ultimamente, 5° *ninguno de los siete testigos debe estar unido ni al testador, ni al heredero con vínculo de potestad*; pues si en el testa-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mento del padre fueren testigos sus hijos, ó si el testador instituyendo por heredero á Pedro, llamase á los hijos de este por testigos, serian testigos en propia causa; porque este negocio se entiende que se hace entre el testador y el heredero; y el padre y el hijo se tienen en nuestro Derecho por una sola persona, §. 139. De lo cual inferimos, (a) que mucho ménos puede ser testigo el mismo heredero; mas no está prohibido (b) el testimonio del legatario, §. 10, 11. *Inst. h. t.* ni perjudica (c) que los mismos testigos estén unidos entre sí, tanto que hasta siete hermanos pueden dar testimonio en un testamento, é igualmente el padre firmando con el hijo, con tal que no estén unidos con el testador ó el heredero, §. 8. *Inst. h. t.*

§. CDXCVI. Las dos solemnidades que acabamos de esplicar, se requieren en el testamento escrito lo mismo que en el de viva voz. Siguen otras que solamente se observan en los testamentos escritos. Á saber, se requiere en tercer lugar, que *escriba* el testador el testamento, ó lo *firme*. Si él mismo escribe el testamento, se llama *hológrafo*; si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el hológrafo. ¿Qué se hace pues si el testador no sabe escribir? entónces debe añadirse un *octavo* testigo, que firme á nombre de aquel, *L.* 28. §. 1. *C. De test.*, pues en general siempre que se nota en el testador algun defecto que le impida desempeñar por sí mismo alguna solemnidad, se ha de añadir entónces un testigo supernumerario; de lo que veremos abajo un ejemplo en el testamento del ciego, §. 518.

§. CDXCVII. Llegamos á la cuarta y última solemnidad, que es la *suscripcion* y *sello* (1). La suscripcion debe

(1) Tambien en España para el testamento escrito ó cerrado son necesarios siete testigos con un escribano, todos los cuales y el testador han de firmar encima de la escritura del testamento, si supieren y pudieren; y si no supieren y el testador no pudiere firmar, deben hacer-

hacerse de propio puño y letra, para que aparezca cada uno de los que han firmado el testamento, *L.* 30. *ff. Qui testam. fac. poss.* Y ¿qué sucede, si uno de los testigos no puede escribir? Entónces permiten algunos que uno de los testigos firme por los otros, pero sin razon, pues por la *L.* 31. *C. De test.* sabemos que solamente en los testamentos que se hacen en el campo, puede un testigo firmar por los otros: en las ciudades, donde no hai falta de hombres, se han de buscar personas hábiles, y por tanto que sepan escribir. En cuanto al *sello*, igual es que sellen los testigos con su anillo ó con el ajeno, puesto que todos pueden sellar con un mismo anillo, §. 5. *Inst. h. t.* (1). Hoi no hai ninguna duda, porque lo mismo da que uno selle con un anillo ú otro molde cualquiera que tenga alguna figura; pero antiguamente se requeria precisamente el anillo, como se manifiesta en la *L.* 22. §. 5. *ff. Qui test. fac. poss.* La razon se ha de tomar nuevamente de las antigüedades romanas. Todos los romanos tenian un anillo con el que firmaban los contratos y otras escrituras que hacian en los negocios civiles: tenian ademas otro molde de hierro fijado regularmente en una llave, con el que sellaban la despensa, las alhajas, botellas, etc., para que no pudiesen quitar nada los siervos; cuyas llaves

lo unos por otros, de manera que sean ocho firmas, y ademas el signo del escribano: el testamento hecho de otra manera no hace fe ni prueba en juicio, segun la *L.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Sin embargo en los testamentos que se hacen en el campo, si en el lugar del domicilio del testador no pueden hallarse siete testigos que sepan firmar, bastarán cinco, segun la *L.* 6. *tit.* 1. *Part.* 6., que en este punto no parece corregida por dicha *L.* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop* Véase López en la *glos.* 1. *de la cit. L.* 6. Para abrir el testamento cerrado, es preciso presentarlo al juez, y que los testigos firmados en su carpeta reconozcan sus firmas, con abono de los muertos y ausentes, si bien estos deberán reconocerlas, cuando regresen.

(1) No siendo en España necesario este sello de los testigos, es enteramente inútil cuanto pueda decirse sobre este punto.

con unillo para sellar, halladas en la Bélgica, nos las ha dado á conocer Just. Lips. en sus *Comment. ad Tacit. Ann. l.* II. *p. m.* 81. Para que alguno no creyese pues que era lo mismo marcar con el molde destinado á señalar las alhajas, que con el sello que se usaba en los negocios civiles, nuestras leyes requerian precisamente este último.

§. CDXCVIII. Hemos hablado ya de todas las solemnidades *internas* y *esternas* que deben tener los testamentos; ahora se pregunta, si se requieren algunas otras. Se responde 1° que hoi es lo mismo escribir en cualquiera materia, antiguamente se escribian regularmente los testamentos en tablas de cera (1), cubriéndolas luego con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoi se escriben en pergamino ó papel, con tal que no sea *deleticio* ú *opitógrafo*, para que trasmita lo que en él se escribe, *L.* 6. §. *ult ff. De bon. poss.* Se llamaba papel deleticio, en el que se habia escrito algo, y despues se habia borrado lo escrito, cómo sucede con los palimpsestos; y papel opitógrafo aquel que estaba escrito por un lado, pues los romanos usaban del papel de Egipto, el cual era tan delgado que no se podia escribir en una y otra página sin trasparentarse las letras; y esto debia evitarse para que no se oscureciese lo escrito. Por la misma razon advierten las leyes, 2° que el testamento no

(1) En España todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se han de escribir en pliegos de papel del sello cuarto, porque han de servir de protocolos, aunque tambien podrán escribirse en papel comun, con la calidad de que los escribanos, despues de haberlos abierto, saquen copia del protocolo escrita en pliegos todos del papel del sello cuarto, y habiéndolo testificado, se pongan en el registro con el protocolo original, segun lo dispuesto por la *L.* 11, *tit.* 24. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, cuyos capítulos 50, 51, 52 y 54 hablan del papel en que deben escribirse las diversas clases de testamentos.

se escriba con cifras ni abreviaturas, sino con palabras enteras, para que fácilmente se lea, y no pueda darse mas de un sentido, *L.* 6. §. *ult. ff. De bon. poss.* Acerca de los fraudes que puedan hacer los herederos y legatarios, si el escribano usa de semejantes cifras ó abreviaturas oscuras, puede servir el ejemplo que Suetonio, *in vit. Galb. c.* 5., trae de este emperador. 3° Advertimos que es indiferente que se escriba el testamento en una ó en otra lengua, *L.* 21. § *ult. L.* 15. *C. De test.* Antiguamente era distinto, pues las cosas que eran de Derecho civil, no podian esplicarse sino en lengua latina; así como las de Derecho de gentes en cualquiera, *L.* 8. *ff. De aceptil.*; por lo que tambien los testamentos debian escribirse en lengua latina, *L.* 20. §. *Veteres. ff. Qui test. fac. poss.*; y ni aún el legado podia dejarse en griego, aunque sí el fideicomiso, Ulpian. *Frag. tit.* 25. §. 9. Mas, como dije, esto se ha enmendado por las leyes posteriores, de manera que hoi puede usarse de cualquiera lengua.

§. CDXCIX. Perteneciendo lo que hasta aquí hemos dicho, mas bien al testamento escrito que al de viva voz, falta saber, qué se requiere especialmente en los testamentos de viva voz. Se responde 1° que deben estar presentes siete testigos hábiles y rogados, igualmente que en el testamento escrito. 2° No solamente deben ver al testador, sino oirle y entenderle. No puede pues ser testigo el sordo, ni el estranjero que ignora la lengua del testador. La razon es, porque aquí no consta la voluntad del testador de la escritura, sino del testimonio de los testigos que están presentes; y así es que en el testamento de viva voz, muerto el testador, se obliga á los testigos á declarar con juramento acerca de la verdad del testamento, Men. *Decis. part. III. dec.* 13. Y ¿ cómo habia de jurar el estranjero que esta era la voluntad del testador, si no la entendió ? 3° Á presencia de los testigos, con voz

clara é inteligible debe manifestar el testador su voluntad en un solo acto. Aquí ocurre una cuestion delicada, de si vale tambien el testamento en que no se espresa heredero, sino que el testador se refiere á una cédula encerrada en cierta parte, por ejemplo : *instituyo por heredero á aquel, cuyo nombre se halle despues de mi muerte en esta arquilla.* Brunemano á la *L.* 77. *ff. De her. inst.*, Stryck. *Coutel. test. c.* 16. §. 25., y otros juzgan que puede hacerse tal testamento, que llaman *misterioso, relativo, implícito,* apoyados únicamente en la *L.* 77. *ff. De hered. instit.*, donde hai el caso de haber escrito el testador : *aquel á quien hago heredero en los codicilos, perciba lo restante de la herencia* : ¿ por qué pues no ha de poderse decir tambien, *sea heredero aquel á quien dejo nombrado en la arquilla*? Sin embargo á mi juicio es absurda esta induccion; pues (a) el testamento y codicilos se tienen por última voluntad y estos reciben fuerza de testamento, y siguen el derecho de él, *L.* 3. §. *ult. L.* 16. *ff. De codicill.*; mas no puede decirse lo mismo de la cédula encerrada en la arquilla. (b) Nuestros autores fingen que puede hacerse testamento sin espresarse el nombre del heredero; mas en la *L.* 77. estaban señalados los herederos, solo que al disponer de unos pocos bienes que aún no se habian espresado, escribió el testador que fueran de aquel que nombrase en los codicilos. (c) Claramente contradice estas autoridades el testo de la *L.* 21. *pr. ff. Qui test. fac. poss.* ; donde se dice : *que los herederos ó deben nombrarse claramente, para que se oiga, ó deben señalarse por escrito.* Y ¿ acaso se escribe ó nombra claramente heredero, cuando se hace referencia á un papel suelto? *L.* 29. *C. De test.* Se agrega, 4° que sin razon llaman estos juriconsultos *misterioso* semejante testamento, pues los griegos llaman así á todo testamento escrito, no porque no esté espreso en él el heredero, sino porque ignoran quién es. Por tanto lo

buenos jurisconsultos desechan con razon esta especie de testamento inventado por Bruremano y otros.

§. D. [Segun nuestras leyes, si el testamento nuncupativo, que llamamos abierto, se hace por ante escribano, bastan tres testigos que sean vecinos del lugar donde se hace el testamento; pero si se hace sin escribano, se necesitan cinco testigos tambien vecinos. Y si en dicho lugar no pudiere hallarse escribano ni cinco testigos, entónces bastarán solo tres, que sin embargo deben tener el requisito de vecindad. Mas si se ordenase el testamento á presencia de siete testigos, será valido, aunque no sean vecinos, ni se haga por ante escribano, con tal que concurran las demas circunstancias requeridas por Derecho, segun la *L.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Antonio de Tórres, §. 10. *Inst. h. t.*; y Gómez á la *L.* 3. *de Toro, núm.* 47. quieren que este testamento sea válido, si se hace á presencia de tres testigos, aunque no intervenga escribano, no obstante que pudiera hallarse en el lugar ; y se fundan en que los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos, y en que las pruebas, especialmente cuándo se trata de testamentos, no se deben restringir, sino ántes bien ampliar. Sin embargo esta opinion, parece contraria á las siguientes palabras de dicha *L.* 1 : *y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en dicho lugar*; las cuales manifiestamente llevan el carácter de condicion. Ademas, admitido dicho parecer de los doctores, fuera del todo superfluo y aún capcioso el primer caso de la misma *L.* 1., en que se requieren tres testigos con un escribano, si este nunca fuese necesario. Así que no obrará con prudencia el testador que pudiendo llamar escribano, no lo hace, y se contenta con solo tres testigos. — Tampoco aprobamos la razon con que Covarrúb., *cap.* 10. *De testam. núm.* 3., intenta probar ser bastante que el testamento nuncupativo se haga por ante escribano y dos

testigos, si en el lugar no puede haberse con facilidad á la mano mayor número, pues que el escribano puede suplir el defecto del testigo que falta, teniendo ademas su autoridad y fe pública, cuando segun dicha *L.* 1. suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que segun el espíritu de la lei, puede el escribano suplir el número de dos testigos, en cuanto lo mismo valen tres con el escribano que cinco sin él; sin embargo en ninguna parte se halla espreso que el escribano puede gozar á un mismo tiempo de dos representaciones, á saber, de la de testigo y de persona pública. Ademas la misma lei pide como el *mínimum* tres testigos, cuando interviene escribano por aquellas palabras: *tres testigos á lo ménos*. Á la verdad si el escribano fuese vecino del lugar, así como los otros dos testigos, y no se pudiere hallar mayor número de estos, no creeré tampoco que el testamento se invalide haciendo el escribano oficio de testigo. Pero con razon advierte y prueba el citado Gómez á dicha *L.* 3. *núm.* 56, 60 y 61., que la misma solemnidad se requiere en nuestra España en los testamentos de los padres respecto de sus hijos, que en los testamentos de estraños ya sean cerrados, ó abiertos; igualmente que en los que se hacen en tiempo de peste, *ibid. núm.* 48. (Sala *Inst. Rom. Hispan. lib. 2. tit.* 10. *not. al* §. 14.)]

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

§. DI. Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla, esplicar sus escepciones: hemos visto ya las reglas que se han de observar en los testamentos; ahora se han de examinar sus escepciones. Es de

saber que los testamentos en nuestra legislacion romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades esplicadas hasta aquí; ó *ménos solemnes* ó *privilegiados*, cuando por privilegio se pueden omitir todas las solemnidades ó alguna de las que van enumeradas. Se ha eximido de todas las solemnidades á los *militares*, de cuyos testamentos se trata §. 501 al 508; solo se ha eximido de algunas, 1º á los *padres*, de cuyo testamento hablaremos en el §. 509; 2º *á los que testan en tiempo de peste*, §. 510; 3º *á los que hacen testamento en el campo*, §. 511, y 4º á otros varios, de los que se trata en el §. 512.

§. DII. En cuanto á los *militares*, tenian ya antiguamente el privilegio de poder testar *in procinctu*. Si pues iban á entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llamaban *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad á presencia de tres ó cuatro, era válida, aunque faltasen las demas solemnidades, §. 1. *Inst. h. t.* Los soldados romanos hacian semejantes testamentos, siempre que estaban en estremo peligro, y tenian poca esperanza de salir con vida; de lo que hai ejemplos en Plutarco, *Coriolan. p.* 198., Vell. Paterc. *l.* II. *c.* 5. Pero estos testamentos militares que se hacian en campaña, ya no estaban en uso hacia tiempo, segun testifica no solo nuestro Justiniano §. 1. *Inst. h. t.*, sino tambien mucho ántes de él Cic. *De nat. deor. l.* II. *c.* 3; y así manifiestamente son otros los testamentos de que vamos á tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores, despues que, como advertí en el §. 474, introdujeron la milicia mercenaria como mas conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen pues en ella con mas gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios, entre los que fué uno el de poder hacer testamento sin observar ninguna solemnidad. Tenemos la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

testigos, si en el lugar no puede haberse con facilidad á la mano mayor número, pues que el escribano puede suplir el defecto del testigo que falta, teniendo ademas su autoridad y fe pública, cuando segun dicha *L.* 1. suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que segun el espíritu de la lei, puede el escribano suplir el número de dos testigos, en cuanto lo mismo valen tres con el escribano que cinco sin él; sin embargo en ninguna parte se halla espreso que el escribano puede gozar á un mismo tiempo de dos representaciones, á saber, de la de testigo y de persona pública. Ademas la misma lei pide como el *mínimum* tres testigos, cuando interviene escribano por aquellas palabras: *tres testigos á lo ménos*. Á la verdad si el escribano fuese vecino del lugar, así como los otros dos testigos, y no se pudiere hallar mayor número de estos, no creeré tampoco que el testamento se invalide haciendo el escribano oficio de testigo. Pero con razon advierte y prueba el citado Gómez á dicha *L.* 3. *núm.* 56, 60 y 61., que la misma solemnidad se requiere en nuestra España en los testamentos de los padres respecto de sus hijos, que en los testamentos de estraños ya sean cerrados, ó abiertos; igualmente que en los que se hacen en tiempo de peste, *ibid. núm.* 48. (Sala *Inst. Rom. Hispan. lib. 2. tit.* 10. *not. al* §. 14.)]

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

§. DI. Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla, esplicar sus escepciones: hemos visto ya las reglas que se han de observar en los testamentos; ahora se han de examinar sus escepciones. Es de

saber que los testamentos en nuestra legislacion romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades esplicadas hasta aquí; ó *ménos solemnes* ó *privilegiados*, cuando por privilegio se pueden omitir todas las solemnidades ó alguna de las que van enumeradas. Se ha eximido de todas las solemnidades á los *militares*, de cuyos testamentos se trata §. 501 al 508; solo se ha eximido de algunas, 1º á los *padres*, de cuyo testamento hablaremos en el §. 509; 2º *á los que testan en tiempo de peste*, §. 510; 3º *á los que hacen testamento en el campo*, §. 511, y 4º á otros varios, de los que se trata en el §. 512.

§. DII. En cuanto á los *militares*, tenian ya antiguamente el privilegio de poder testar *in procinctu*. Si pues iban á entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llamaban *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad á presencia de tres ó cuatro, era válida, aunque faltasen las demas solemnidades, §. 1. *Inst. h. t.* Los soldados romanos hacian semejantes testamentos, siempre que estaban en estremo peligro, y tenian poca esperanza de salir con vida; de lo que hai ejemplos en Plutarco, *Coriolan. p.* 198., Vell. Paterc. *l.* II. *c.* 5. Pero estos testamentos militares que se hacian en campaña, ya no estaban en uso hacia tiempo, segun testifica no solo nuestro Justiniano §. 1. *Inst. h. t.*, sino tambien mucho ántes de él Cic. *De nat. deor. l.* II. *c.* 3; y así manifiestamente son otros los testamentos de que vamos á tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores, despues que, como advertí en el §. 474, introdujeron la milicia mercenaria como mas conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen pues en ella con mas gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios, entre los que fué uno el de poder hacer testamento sin observar ninguna solemnidad. Tenemos la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

historia de este privilegio en la *L. 1. pr. ff. h. t.*, de la cual aparece que Julio César fué el primero que concedió por cierto tiempo este privilegio, que despues Tito, Domiciano, Nerva y Trajano estendieron á todos los militares. Al mismo tiempo advertimos con qué poco acierto habló de esto Tribuniano, cuando en las *Inst. h t.* funda la razon de este privilegio en *la grande impericia de los militares;* pues á la verdad, si no fuese otra la causa de tan alto privilegio, era consiguiente que solo se limitase á los soldados rasos: lo cual es no obstante falso, como claramente se ve en la *L. 44. ff. h. t.* Sin embargo tambien lo atribuye Domiciano á la falta de instruccion. *L. 1. §. 1. ff. h. t.*

§. DIII. Es un axioma pues acerca de los testamentos militares, *que para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad, ni interna, ni esterna,* sino que basta su mera voluntad, *L. 1. §. 1. ff. h. t.* Fácilmente demostraremos que está libre el militar de observar las solemnidades internas, si comparamos su testamento con los de los paisanos, pues 1° los paisanos no pueden instituir heredero á ninguno que las leyes declaren por incapaz, §. 539 y sig.; mas los militares instituyen á los que quieren, aunque sean incapazes, como los deportados, *L. 13. §. 2. h. t.* 2° Los paisanos, si tienen hijos, ó los han de instituir herederos, ó tienen que desheredarlos espresamente y con justa causa (§. 521), y si los pasan en silencio, el testamento es nulo, *pr. Inst. De exher. lib.*; mas el militar puede tambien preterir á los hijos, *L. 9. L. 19. C. h. t.* 3° El paisano que hecho testamento muere y deja embarazada á su mujer, ha testado en balde, si nace un póstumo ó póstuma, pues estos rompen el testamento de sus padres, §. 572; al contrario el testamento del militar no se rompe, aunque despues de su muerte nazca un póstumo, *L. 7. L. 8. ff. h. t.* 4° Si un padre paisano desheredó sin justa causa á un hijo ó hija, se rescinde su testamento

por la queja de inoficioso testamento, §. 581; y lo mismo sucede si los padres son preteridos ó desheredados injustamente por los hijos, ó los hermanos y hermanas, instituyendo una persona torpe, *ibid.*; pero el testamento del militar no puede rescindirse por la queja de inoficioso testamento, aunque se olvide de los hijos, padres ó hermanos, *L. 29. § ult. ff. h. t. L. 27. §. 2. ff. L. 9. C. De inoff. test.* 5° Ningun paisano puede morir parte testado, parte intestado, § 491. 3; lo que puede hacer el militar; por ejemplo, si nombra heredero solo de un fundo, y en cuanto al restante patrimonio muere intestado, sin embargo vale el testamento, *L. 6. ff. h. t.*; é igualmente si instituyese heredero por cierto tiempo, *L. 15 §. 4 h. t.*; las cuales cosas son todas al contrario para los paisanos. 6° Ninguno de estos puede morir con dos testamentos, §. 491. 4, pues el primero se rompe por el posterior, §. 273. 2; mas se le permite esto al militar, y su primer testamento no se rompe por el posterior, á no ser contrarios entre sí, *L. 19. pr. ff. h. t.* 7° El paisano no puede instituir heredero en los codicilos, sino en el testamento solemne, §. 682. 2; pues los codicilos no son inventados para instituir heredero, sino para dejar legados y fideicomisos, §. 680. 3; pero el militar tambien instituye heredero en los codicilos, *L. 36 pr. ff. h. t.* 8° La sustitucion es permitida á los paisanos; pero la pupilar solamente á los padres, los cuales pueden instituir heredero para el caso de que sus hijos mueran dentro de la pubertad, §. 561. 5; y el militar puede sustituir pupilarmente á su hijo, aún cuando muera fuera de la pubertad, y no está obligado á observar ninguna otra regla en la sustitucion, *L. 5. L. 15. §. 5. L. 28. h. t.* 9° Si el paisano carga la herencia con legados, de manera que no le queda al heredero salva la cuarta parte de aquella, puede el heredero, segun la lei falcidia, detraer á cada uno de los legatarios á prorata lo

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que sea necesario para que á él le quede la cuarta parte de los bienes, §. 650; pero el heredero instituído por un militar no puede sacar esta cuarta falcidia, aunque nada le quede salvo; sino que está obligado á consumir todo el haber en los legados, *L.* 17. §. *ult. ff. h. t.*

§. DIV Estando esentosl os militares de las solemnidades internas, mucho ménos por cierto los obligarán las leyes que requieren tantas solemnidades esternas. De aquí es, 1º que si testan por escrito, no se exigen testigos, ni que sean rogados, y mucho ménos se pregunta si son hábiles, y si tienen testamentifaccion : basta que se hallen las tablas del militar, y que conste ciertamente que el testador las ha escrito ó firmado, *L.* 40. *pr. ff. h. t.*; lo cual es tan verdadero, que se dice vale tambien el testamento que hace el militar herido escribiendo con la espada ó vaina y su sangre en la arena, de modo que se entienda bien, *L.* 15. *C. h. t.* 2º Si el militar quiere hacer testamento de viva voz, bastan dos testigos, no por solemnidad, sino por prueba, para que conste que así lo dispuso el militar; pues cuantas vezes se habla de prueba en nuestras leyes, y no de solemnidad, otras tantas bastan dos testigos, y hacen prueba plena, *L.* 12. *ff. De testib.* Y esto mismo dió á entender el emperador Trajano, cuando en su elegante rescripto, §. 1. *Inst. h. t.*, dice, que el militar ha de manifestar su voluntad, *convocando al efecto á los testigos* . los cuales, siendo llamados, no por solemnidad, sino para prueba, es evidente que no deben ser rogados solemnemente, como se requeria en el testamento de los paisanos, §. 495. 3º Por tanto el único requisito esencial de este testamento militar, es que conste que el militar hace su disposicion con ánimo deliberado, y no en broma, y por casualidad; pues si, como sucede, chanceándose dijese entre los escesos de la mesa, que instituía heredero á este ó aquel, este nombramiento seria

de ningun valor, y de todo tendria mas que de testamento, como oportunamente manifiesta Trajano en el citado rescripto á Catilio Severo, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV. Ahora se pregunta, ¿ á *quiénes* se ha concedido este privilegio? Lo cual se ha de juzgar por el espíritu del privilegio mismo. Si la rusticidad de los militares fuese la causa de este privilegio, solo perteneceria á los soldados rasos, como dijimos en el §. 502. Pero aunque pueda ser que al principio hubiese dado Domiciano este privilegio á los militares atendiendo á su falta de instruccion, *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.*, y despues Antonino, *L.* 4. *C. eod.*; no fué sin embargo esta la única razon, sino que principalmente los movió el inminente peligro de los soldados, el cual no les permite que se cuiden de las solemnidades de los testamentos. Elegantemente se espresa esta razon en la *L. ún. pr. ff. De bon. poss. ex test. mil. No es dudoso que son válidas las voluntades de aquellos, que al frente del enemigo disponen de cualquier modo sus cosas, y allí llega su último dia :* y poco despues se añade, que tambien pueden testar militarmente el presidente de la provincia, y otras personas que se hallen en el ejército, *porque tambien se hallan* in procinctu *y espuestas á los mismos peligros.* Esta es la verdadera y adecuada razon de este privilegio, como lo observó ya Decio entre los glosadores, y de los jurisconsultos modernos Arn. Vinio, *ad pr. Inst. h. t. p.* 310 de mi edicion. Por cuya razon fácilmente podemos responder ya á la pregunta de, á quiénes compete este privilegio; á saber, á todos los que están al frente del enemigo, y espuestos á los mismos peligros, aunque no militen, §. 1. *Inst. h. t.*, como los presidentes de la provincia y sus comisionados, que se hallan en las plazas fuertes ó en los campamentos, *L.* 14. *ff. h. t. L un. pr. ff. De bon. poss. ex test. mil.*; y tambien los capitanes de los buques de la armada, os marineros, los centinelas, y los recien en-

ganchados que aún no se han alistado, *L. un.* §. 1. *ff. eod.*; luego hoi dia tambien los capellanes, médicos, cirujanos, juezes castrenses, cuestores, los diputados por el gobierno, y aún los cocineros y vivanderos. Y lo que es de admirar, hasta el sordo-mudo puede hacer testamento, *L.* 4. *ff. h. t.*, lo cual ha chocado á algunos. ¿Cómo, dicen ellos, pueden ser militares los sordo-mudos, ni cómo estos pueden manifestar su voluntad? Pero se salva la dificultad diciendo, que aunque los sordo-mudos no se hacen soldados, no obstante, si militando reciben alguna lesion en el oído y la lengua, no por eso dejan de ser soldados ántes de conseguir licencia. Luego tambien pueden testar segun el privilegio militar, con tal que puedan espresar por escrito su voluntad.

§. DVI. La misma causa de este privilegio manifiesta cuándo se puede usar de él. La glosa distingue, si los militares están en el campo de batalla, ó dentro de una plaza delante del enemigo, ó de guarnicion, libres de enemigos. En el primer caso no se requiere ningun testigo, en el segundo se necesitan dos, y en el tercero se han de observar todas las solemnidades, pues cuando están libres de enemigos, y en los cuarteles de invierno, con razon hacen testamento por derecho ordinario, porque entónces se hallan fuera de peligro, como ya lo observaron los jurisconsultos Frisio y Viglio Zuichemo, *Comm. ad X. tit. Inst. jur. civil. p.* 82. *y sig.* Por tanto, estando fuera de peligro los militares, es manifiesto que hacen testamento por derecho comun, y que no pueden usar de ningun privilegio. Y si habiendo testado en la espedicion, vuelve salvo, ¿espira este testamento, alejado el peligro? No se destruye, si permanece soldado: si consigue licencia, se ha de distinguir; pues la licencia ó es *honrosa*, la cual se hace cumplido el tiempo del servicio; ó *causal*, la que se da por las heridas y por imposibilidad que sobreviene;

ó *ignominiosa*, cuando se da por algun crímen grave. Si la licencia es honrosa y causal, todavía vale el testamento por un año y un dia despues de la licencia; y por tanto si muere dentro del año el testador, los herederos suceden en virtud del testamento, *L.* 26. *pr. h. t.*, aún cuando la condicion puesta á los herederos exista despues de pasado el año, *L.* 38. *pr. ff. eod.* Tambien vale el testamento, si uno consigue licencia honrosa ó causal, y vuelve á alistarse en la milicia dentro de un año, *L.* 38. §. 1. *ff. h. t.* Mas si á uno se le ha dado licencia por ignominia, ni por un año vale el testamento, sino que pierde su vigor desde el momento de la licencia, *L.* 26. *pr. h. t.*

§. DVII. Hemos espuesto la doctrina del Derecho romano acerca del testamento militar; solamente falta una cuestion, de la que va á tratarse, porque alguno no caiga en error. Hemos dicho en el §. 478. 2, que en el peculio castrense el hijo de familia se tenia por padre de familia, de manera que podia hacer testamento acerca de él; lo que no tenia lugar en los demas bienes, §. 515. 4. Si pues en el peculio castrense puede el hijo de familia hacer testamento, ¿goza del privilegio de testar como los militares? — No: puede sí testar igualmente que el militar; pero no del mismo modo, sino que debe observar todas las solemnidades arriba descritas, *L. ult. C. De inoffic. test.* La razon se ha de buscar en la causa del privilegio dado á los militares, que dijimos era el peligro que les amenaza; y el hijo de familia que hace testamento del peculio castrense ó cuasi, no siempre se halla en riesgo: puede por tanto, y debe hacer testamento solemne. No obstante, si es militar, y va á entrar en batalla, ó en plaza sitiada, no es dudoso que puede usar de los derechos de los demas militares.

§. DVIII. [En España las *leyes de Partida*, imitando á las romanas, concedian á los militares la facultad de tes-

tar por derecho militar ó privilegiativo, tansolo en el caso en que estuviesen de espedicion, *L. 4. tit. 1. Part. 6.* Sin embargo este derecho se ha variado despues por lo dispuesto en las *Ordenanzas generales del ejército, art. 4. trat. 8. tit. 11*; y finalmente habiéndose suscitado una duda sobre esta materia, para quitarla salió en 24 de octubre de 1778 una real cédula, en que á consulta del supremo Consejo de la guerra declara y quiere el rei, que todos los que gozan de fuero militar, generalmente y sin ninguna limitacion, puedan á su arbitrio hacer testamento de cualquier modo que sea, con tal que hagan constar su voluntad.]

§. DIX. Hasta aquí del primer género de testamentos privilegiados, á saber, del militar. Sigue otro, el testamento de los *padres entre los hijos*; mas aquí no se entiende solamente el padre, sino la madre, y aún el abuelo y la abuela. Si estos disponen de los bienes solo entre sus hijos, ó lo hacen *por escrito*, ó *de viva voz*. Sí lo primero, no se requiere ningun testigo, ni otra solemnidad, sino que 1° escriban ellos mismos las tablas, ó las firmen; 2° que espresen el año, el mes y el dia, y tambien 3° las *uncias* ó partes, en las que instituyen herederos á los hijos, no con cifras, sino con letras: pues esto exige solamente la *Nov. CVII. c. 1*. Mas si disponen de viva voz los padres entre los hijos, la misma razon dicta que deben estar presentes testigos que confirmen haber oído la voluntad de aquellos; pero, no siendo por solemnidad, sino por prueba, bastan dos, por lo que dijimos en el §. 504. *L. 12 ff. De testam.* Todavía se ha de avertir aquí, que se concede este privilegio á los padres solamente respecto de sus hijos: por lo cual si al morir dispone uno entre sus hijos tambien por escrito sin testigos, y en el mismo testamento instituye herederos ó hace legados á la viuda, al hermano, al tio, etc., valdrá en verdad esta

disposicion respecto á sus hijos, pero no en cuanto á las personas estrañas. Mui claramente se manda así en la *Nov. CVII. c. 1*, donde se dice, que si el padre quiere legar en las mismas tablas, debe hacerlo *á presencia de testigos*. Y aunque hallemos otra cosa en la *Auth. Quod sine, C. De testam.*, tomada de aquella Novela, no obstante ya hemos advertido arriba, que cuando discrepa la Auténtica de su original, no tiene ninguna autoridad, §. 16. 5.

§. DX. Los demas testamentos privilegiados pueden esplicarse con ménos trabajo. Tal es III° el testamento *hecho en tiempo de peste*; acerca del cual hai que advertir una regla, á saber, que deben observarse todas las solemnidades, escepto la unidad de acto. *L. 8. C. De testam.*; pues siendo natural que en un tiempo tan triste teman los hombres reunirse en número de siete en un lugar, se permite, que si el testador rogase hoi á dos testigos para que suscriban, mañana á tres, y mas adelante á otros dos, valga del mismo modo este testamento, que si se hubiesen reunido los testigos á un tiempo, y se hubiese hecho todo en un acto.

§. DXI. Tambien es privilegiado IV° el testamento *hecho en el campo*; de modo que 1° si no pueden buscarse siete testigos, bastan cinco; 2° si uno no sabe escribir, puede firmar otro por él; lo cual es lo contrario en el testamento solemne, segun observámos arriba §. 497. *L. últ. C. De test.* Y ¿qué sucede si los que impugnan el testamento, dicen que podian habersc reunido mas testigos fácilmente, por ser la aldea poblada y habitar en ella mas de treinta padres de familia? Se responde, que esto debe probarlo el que lo alega, pues siempre se presume que en las aldeas no pueden hallarse siete testigos. Ni basta que diga el que impugna el testamento, que allí habitaban treinta aldeanos; debe probarse precisamente

que estaban en aquel tiempo en casa, y que pudieron convocarse, pues los aldeanos fuera del invierno rara vez se hallan en casa, estando ya en la ciudad, ya en el campo. Por lo demas de aquí fácilmente se infiere, que este privilegio no solo pertenece á los labradores, sino á las personas ilustres, nobles y de alto honor que allí habitan; por cuya razon no llamé á este género de testamento *de los rústicos*, como lo llaman la mayor parte, sino de los que hacen testamento en el campo.

§. DXII. Cuentan ademas los doctores otros testamentos privilegiados, que se comprenden en una clase. Tal es V° el testamento presentado al príncipe, y VI° el insinuado en las actas, ó hecho á presencia del juez que se llama *público*; pues como estos testamentos se apoyan en la fe pública, no exigen ninguna solemnidad, *L.* 19. *C. De testam.* VII° El testamento posterior imperfecto, en que son llamados á la sucesion los herederos abintestato preteridos en el primero; pues aunque en los demas casos subsista por Derecho el primer testamento, miéntras no se rompa por otro igualmente perfecto, §. 572. 2, no habiendo cosa tan natural como que no se disuelva una cosa sino del mismo modo que se unió, *L.* 35. *ff. De R. J.*; no obstante, por favorecer á las sucesiones abintestato, permitieron las leyes, que aún el testamento imperfecto posterior rompa el anterior perfecto, si en aquel se llama á los mas próximos herederos abintestato, *L.* 21. §. *pen. C. De testam.* Últimamente refieren aquí VIII° el testamento *por causas piadosas;* así se llaman las iglesias, los cautivos, las escuelas, las dotes. Estos testamentos no tienen ningun privilegio por las leyes romanas; pero el romano pontífice, que tanto favorece á las causas piadosas, dispensa estos testamentos de todas las solemnidades, con tal que pueda probarse la voluntad del testador. La razon es clara, y así advertiré solo que el fundamento de esta doctrina se halla en el *c.* 11. *X. De testam.*

TÍTULO XII.

Á QUIÉNES NO ES PERMITIDO HACER TESTAMENTO.

§. DXIII y DXIV. Los títulos últimos tratan del modo de hacerse los testamentos, así solemnes, como privilegiados: ahora se esplica, qué personas pueden hacer testamento, y cuáles no, en este tít. 12; y quiénes pueden ser instituídos herederos, y quiénes no, tít. 13 al 16. En cuanto á los testadores, sentaremos el axioma de que *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido hacerlo.* Mas para que no se crea que esplicamos lo mismo por lo mismo, descomponemos este axioma general en estos tres. 1° El hacer testamento es de Derecho civil romano; lo cual ya demostrámos en el § 484. 2° Solo se concede hacer testamento á los padres de familia, como se manifiesta en la lei de las XII Tablas que vimos en el §. 48. 3° El testamento es la solemne manifestacion de nuestra voluntad, segun lo demostrámos en su definicion, §. 490.

§. DXV. Dijimos en el primer axioma, *que el hacer testamento es de Derecho civil romano.* Pero ¿no es mas bien de Derecho de gentes? No es difícil la respuesta: muchas naciones acostumbraban hacer testamentos ademas de los romanos, y especialmente consta de los atenienses; mas aquí hablamos del testamento cual lo hemos descrito por Derecho romano, y este no es de Derecho de gentes, sino de Derecho civil romano, del cual solamente y no de la recta razon, ni de las instituciones de otros pueblos, derivan todas las solemnidades y leyes de los testamentos. Siendo pues de Derecho civil el hacer testamento, es consiguiente que no pueden testar 1° los *siervos*, porque no son personas ni ciudadanos, *L.* 19. *ff. Qui test. fac. n. poss.* Y pregunto,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de qué han de testar? acaso del peculio? Todo el peculio de los siervos es profecticio, §. 470, luego el dominio es del señor, y nadie puede testar sobre cosa ajena. Es verdad que hai un pasaje en Plinio, *lib. VIII. Ep.* 16, donde refiere que al morir sus siervos, les permitia disponer como querian de su peculio por última voluntad; mas propiamente esto no era testamento, ni valia esta última voluntad por Derecho público, sino en virtud del consentimiento y voluntad de Plinio. Del mismo axioma se sigue 2° que no pueden hacer testamento los *prisioneros de guerra;* pues tambien estos se hacian siervos por Derecho romano, §. 82. No obstante si hacian testamento en la ciudad y morian entre los enemigos, valian sus testamentos por la L. cornelia, que finge morir en la ciudad aquel que muere en poder de los enemigos. Si ántes de caer prisionero habia estado en casa y luego recobraba la libertad, valia su testamento por el derecho de postliminio, que finge no haber estado prisionero el que salió del poder de los enemigos. Últimamente si no hace testamento en casa, y sí entre los enemigos, es hecho por un siervo, y por tanto no vale, aunque haya vuelto del cautiverio, *L.* 8. *pr. ff. Qui test. fac. poss.* §. *últ. Inst. h. t.* Del mismo axioma inferimos, 3° que no pueden hacer testamento los estranjeros (1); y reduciéndose á la clase de estos los deportados y aquellos á quienes se prohibia el agua y el fuego, es evidente que unos y otros son incapazes de testar, *L.* 8. §. 1. *ff. eod.*; lo cual sin embargo se ha de entender del Derecho civil, pues el ateniense bien podia testar por las leyes de Aténas, aunque no fuese ciudadano romano.

§. DXVII. Los que segun hemos dicho en el párrafo an-

(1) En España pueden los transeuntes y estranjeros disponer libremente de sus bienes por manda y testamento, así en salud como en enfermedad, *L.* 2. *tit.* 30. *lib.* 1. *de la Nov. Recop.*

terior, no podian hacer testamento, no participaban del Derecho público romano. Sigue otro axioma, pues los hai que no pueden testar, *porque no son padres de familia*, á los cuales solamente concede la lei de las XII Tablas la facultad de testar, §. 487. De aquí fácilmente se infiere, 1° por qué no pueden hacer testamento *los hijos é hijas de familia* (1), ni aún permitiéndolo el padre; y es porque este en nada puede relajar el Derecho público, *L.* 17. *pr. h. t.* Se esceptúa el peculio castrense, en el cual el hijo es tenido por padre de familia, segun advertímos ya en el §. 478. Y en el peculio adventicio? En este, aunque la propiedad es del hijo, sin embargo no puede hacer testamento, porque en él no es tenido por padre de familia, *L. pen. C. Qui test. fac. poss.* Del mismo axioma se deduce, 2° por qué se destruye el testamento del padre de familia *que se entrega despues en arrogacion á otro;* pues haciéndose por este medio hijo de familia, vuelve la cosa á un estado en que no puede tener aquel efecto. Aquí suscita Merilio una curiosa cuestion, *Obs. l.* 2. *c.* 69 *y l.* 4. *c.* 39.: si las mujeres pueden hacer testamento. En ella establece la opinion singular, de que pueden testar las mujeres de *viva voz* y no *por escrito;* lo cual prueba con la *L.* 77. §. 24. *ff. De legat.* 2. Con efecto allí encarga un padre á su hija, mirando por su bien, que miéntras tenga hijos, no haga testamento; y da por razon, que así podrá vivir sin peligro: de donde infiere Merilio, que no podia testar la mujer sin peligro, porque debia nombrar siempre al heredero de viva voz, y por tanto se esponia á sus asechanzas. Mas no penetró la razon aquel docto jurisconsulto, como

(1) Segun nuestro Derecho, puede el hijo de familias hacer testamento del mismo modo que si estuviese libre de la potestad del padre, conforme á lo dispuesto por la *L.* 4. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (5.ª de Toro), que corrige la *L.* 13. *tit.* 1. *Part.* 6. en la parte que estableció lo contrario.

lo manifestámos claramente en los comentarios á la *L. pap. pop. l. 2. p. 240 y sig.*

§ DXVII. Llegamos á un nuevo axioma, á saber, *el testamento es la espresion solemne de nuestra voluntad*, §. 490. De aquí se deduce claramente, que no pueden testar 1° los *furiosos* y *mentecatos*, los cuales no saben lo que quieren (1). ¿Y si tuvieren algun lúcido intervalo de razon? Entónces ciertamente nada hai que les impida hacer testamento, §. 1. *Inst. h. t.*, con tal que no esté encubierto el furor bajo una especie de sosiego aparente, *L.* 18. §. 1. *ff. De adqu. vel amitt. rer. poss.* Si se duda si está en su sano juício, se juzgará por la disposicion del testamento, mirando si ha testado prudente ó disparatadamente; de lo cual se encuentra un ejemplo en Valerio Máximo, *l. 7. c. 8.* Son de la misma condicion 2° los *pródigos*, porque por mas que tengan sana la razon, en todas nuestras leyes se les iguala á los furiosos; mas debe entenderse esto desde el tiempo en que se les ha quitado la administracion de los bienes, pues si ántes de esta intervencion hacen testamento, no hai duda que vale, *L.* 18. *ff. h. t.* Vulgarmente se añade la escepcion de que vale el testamento hecho por el pródigo, *si mira bien por la posteridad*, esto es, si instituye por herederos á los que en otro caso sucederian abintestato; mas esta doctrina es desconocida en nuestro Derecho, pues ninguna autoridad tiene en nuestros tribunales la *Nov.* 39 de Leon, como hicimos ver en el §. 17, 8. Tambien se deduce 3° del mismo axioma, que los impúberos no pueden testar, pues no saben mejor lo que hacen que los furiosos; porque si bien hai algunos en quienes se desenvuelve la razon ántes de la pubertad, lo que puede suceder en un caso raro, las leyes no se establecen segun lo que rara vez acontece, *L.* 4. *ff. De legibus.*

(1) « Otrosí, el que fuese salido de memoria no puede facer testa- « mento, mientra que fuere desmemoriado. » *L.* 13. *tít.* 1. *Part.* 6.

§. DXVIII y DXIX. Por el mismo axioma tambien entendemos qué enfermedades del cuerpo impiden hacer testamento. De los *sordo-mudos* nadie lo duda, diferenciándose poco de los mentecatos (1); pero no debe decirse lo mismo, si aquellos dos defectos están separados, pues la esperiencia enseña que el sordo de palabra, y el mudo por escrito, pueden espresar bien sus pensamientos. Mucho ménos se debe quitar la facultad de testar al *ciego* no obstante, como en este caso hai lugar á fraudes, tienen algo de singular los testamentos de los ciegos, pues, 1° solo pueden testar de viva voz; 2° el escribano debe al punto reducir á escrito la disposicion; 3° se ha de añadir un octavo testigo; 4° se ha de volver á leer al ciego lo escrito, mirando y examinando al mismo tiempo si todo se ha escrito con exactitud: 5° el ciego tiene no solo que nombrar el heredero, sino describir sus circunstancias, para no errar casualmente en la persona, y últimamente, 6° debe agregarse la suscripcion y sello de los testigos, todo lo cual se esplica cuidadosamente en la *L.* 8. *C. Qui tes. fac poss.*, donde se halla el fundamento de esta doctrina (2).

§. DXX. Resta hablar de algunos, á quienes por castigo se ha prohibido hacer testamento, si bien la mayor parte de estas prohibiciones se derivan de las leyes posteriores. No pueden testar, 1° *los reos de estado*, porque todos sus bienes se aplican al fisco, *L.* 5. *C. Ad leg. jul. maj.* 2° *Los apóstatas y herejes* por la *L.* 3. *De apost.* y *L.* 4. *De hæret.*; mas en este punto no toca á los teólogos decla-

(1) « Otrosí decimos, que el que es mudo é sordo desde su nascen- « cia, non puede facer testamento. Empero el que lo fuese por algu- « na ocasion, así como por enfermedad, ó de otra manera, este atal, « si supiese escribir, puede facer testamento, escribiéndolo por su « mano misma. » *L.* 13. *tít.* 1. *Part.* 6.

(2) En España para que valga el testamento del ciego, se necesitan inco testigos, segun la *L.* 2. *tít.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (3.ª de Toro.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rar quiénes son herejes, sino á las leyes nacionales, pues á ninguno se prohibe testar, si su religion se permite en el Estado. 3° *Los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa, si los padres incestuosos instituyen á los hijos legítimos, *L.* 6. *De incest. nupt.* 4° *Los condenados por libelos infamatorios*, pues la *L.* 18. §. 1. *ff. h. t.* los declara malvados é incapazes de testar. No obstante no se ha de tener toda injuria escrita por libelo infamante, pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este, bajo la salvaguardia del anónimo, echa á otro la culpa de un delito atroz. 5° Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar (1). Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*, no lo es ménos que leyendo con cuidado aquella Novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes, porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si ho dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el Derecho justinianeo. Sin embargo domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoi dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

(1) Por Derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo, ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, escepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *L.* 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Pero como ahora no puede ya imponerse la pena de confiscacion, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.

TÍTULO XIII.

DEL MODO DE DESHEREDAR Á LOS DESCENDIENTES.

§. DXXI y DXXII. Hasta aquí hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, dijimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como esternas, á saber, la institucion de heredero. Á esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este título. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa era entre los romanos la patria potestad, que tambien se estendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Así es que espresamento dice Paulo en la *L.* 11. *fin. ff. De lib. et posthum.*, que se permitia desheredar absolutamente á los hijos, así como tambien podian sus padres matarlos. Se conserva la memoria de algunos ejemplos, que hoi dia leemos con asombro. Así vemos en Valerio Máximo, *lib VIII. c.* 7. §. 3., que el niño C. Tercio fué desheredado por su padre: y ¿ cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Así lo permitia no obstante el rigor de la patria potestad. No hai duda en que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apénas podria suceder que cometieran una injusticia contra su misma sangre. Pero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraídos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternales; se estableció últimamente por las leyes, que el padre, no omitiese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII. Así como los hijos eran de distintas condiciones. así tambien el padre tenia mayor ó menor

rar quiénes son herejes, sino á las leyes nacionales, pues á ninguno se prohibe testar, si su religion se permite en el Estado. 3° *Los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa, si los padres incestuosos instituyen á los hijos legítimos, *L.* 6. *De incest. nupt.* 4° *Los condenados por libelos infamatorios*, pues la *L.* 18. §. 1. *ff. h. t.* los declara malvados é incapazes de testar. No obstante no se ha de tener toda injuria escrita por libelo infamante, pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este, bajo la salvaguardia del anónimo, echa á otro la culpa de un delito atroz. 5° Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar (1). Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*, no lo es ménos que leyendo con cuidado aquella Novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes, porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si ho dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el Derecho justinianeo. Sin embargo domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoi dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

(1) Por Derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo, ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, escepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *L.* 3. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.* Pero como ahora no puede ya imponerse la pena de confiscacion, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.

TÍTULO XIII.

DEL MODO DE DESHEREDAR Á LOS DESCENDIENTES.

§. DXXI y DXXII. Hasta aquí hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, dijimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como esternas, á saber, la institucion de heredero. Á esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este título. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa era entre los romanos la patria potestad, que tambien se estendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Así es que espresamento dice Paulo en la *L.* 11. *fin. ff. De lib. et posthum.*, que se permitia desheredar absolutamente á los hijos, así como tambien podian sus padres matarlos. Se conserva la memoria de algunos ejemplos, que hoi dia leemos con asombro. Así vemos en Valerio Máximo, *lib VIII. c.* 7. §. 3., que el niño C. Tercio fué desheredado por su padre: y ¿ cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Así lo permitia no obstante el rigor de la patria potestad. No hai duda en que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apénas podria suceder que cometieran una injusticia contra su misma sangre. Pero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraídos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternales; se estableció últimamente por las leyes, que el padre, no omitiese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII. Así como los hijos eran de distintas condiciones. así tambien el padre tenia mayor ó menor

facultad para desheredar á los hijos. Á saber, los hijos se distinguian en *suyos* y *emancipados*, en *legítimos* é *ilegítimos*, en *naturales* y *adoptivos*, en hijos *varones* y *hembras*, en hijos de *primer grado* y de *ulteriores grados*, y últimatente, en *nacidos* y *póstumos*. Los de mejor condicion entre todos eran *los hijos varones suyos naturales y de primer grado*; pues ó habian de ser instituídos herederos, ó se habian de desheredar espresamente. Y así es que si el padre los preteria en el testamento, ó decia : *no quiero que mi hijo sea mi heredero*; era nulo el testamento, porque ni habia aquel instituído heredero á su hijo, ni le habia desheredado espresamente. Por lo demas si uno tenia solamente un hijo, es claro que no era preciso nombrarle, por constar de cierto la intencion del testador, *pr. Inst. h. t.* Estaban en segundo lugar las *hijas suyas y naturales*, y tambien los *nietos*. Se diferenciaban de los hijos varones, 1° en que estos debian ser desheredados espresamente, y las hijas y nietos podian serlo entre otros; por ejemplo : *sean herederos Pedro y Juan mis hijos : á los demas desheredo.* 2° El hijo preterido anulaba el testamento; mas siendo preteridos la hija y nietos, no por eso se hacia nulo el testamento, sino que los preteridos acrecian en iguales porciones.

§. DXXIV. Siguen los *póstumos*, cuya condicion era antiguamente mui dura, no pudiendo ser instituídos herederos, por ser personas inciertas, §. 26, 27. *Inst. De legat.*, mas habiéndose establecido despues el principio, de que *el póstumo se tiene por nacido, cuando se trata de su beneficio*, sucedió que tambien para los póstumos valiese la regla, que ó se habia de instituirlos herederos, ó desheredarlos, §. 1. *Inst. h. t.* Por lo cual, si son preteridos, y despues nacen vivos, rompen el testamento, y se admiten á la sucesion abintestado como los demas hijos (1) ; de

(1) Para que en España el póstumo preterido rompa el testamento,

manera, que hoi dia no puede verificarse el que se desherede á un póstumo; pues desde que Justiniano señaló en la *Nov. CXV.* ciertas causas de desheredacion, v. gr., la ingratitud, que no cabe en un póstumo, no puede este ser desheredado.

§. DXXV. Siguen los hijos *emancipados* ; los cuales considerándose estraños respecto del padre, impunemente podian ser preteridos por él; y por tanto, ni tenian que ser instituídos ni desheredados. Mas pareciendo esto injusto al pretor, los llamó á *la posesion de los bienes contra el testamento* ; y por tanto, si piden este beneficio al pretor, pueden tomar su parte de herencia, á no ser que hayan sido espresamente desheredados, §. 3. *Inst. h. t.* Por lo demas se ha de tener presente, que se ha de pedir aquel beneficio *dentro de un año útil*, y que pasado ya no hai remedio. Véase la *L.* 5. *ff. De success. edict.* (1).

es preciso que nazca todo vivo, que ademas viva veinte y cuatro horas, y que sea bautizado; de otra manera el parto se tiene por abortivo, así como lo es cuando el hijo nace en tiempo en que naturalmente no puede vivir, aún cuando en este caso concurran las tres circunstancias arriba dichas, *L.* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Recop.* (13 de Toro.) Cuál sea este tiempo hábil ó legítimo, lo dice la *L.* 4. *tit.* 23. *Part.* 4, fijándolo en el 7°, 9° ó 10° mes. Esta distincion de meses para tener los partos por legítimos, es arbitraria é injusta, segun lo prueba el doctor Palacios, al *tit.* 1. *lib.* 1, *pág.* 3. *Instituciones del Derecho civil* de Castilla, por los señores Áso y de Manuel.

(1) En España deben ser sustituídos ó espresamente desheredados los descendientes ó hijos del testador, ya estén bajo su potestad, ya fuera de ella, *L.* 3. *tit.* 7. *Part.* 6. *L.* 1. *tit.* 8. *de la misma Part.*; y i son preteridos, será nulo el testamento. *L.* 1 *L.* 10. *tit.* 7. *Part.* 7. Y tambien los ascendientes deben ser del mismo modo instituídos ó desheredados, *dicha L.* 1., con tal sin embargo que no haya descendientes, *L.* 1. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (6. de Toro.) No obstante despues de la *L.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*, en que se declara válido el testamento, aunque no contenga institucion de heredero, parece mas probable que debe serlo el testamento en que el testador que muere con hijos, no señala ningun heredero, pues en este caso

§. DXXVI. Últimamente, por lo que toca á los hijos *ilegítimos* y *adoptivos*, aquellos se entiende que no tienen padre, y estos son de la misma condicion que los naturales. De donde se sigue, 1° *que el padre no está obligado á instituir herederos ni á desheredar los hijos ilegítimos, sino que puede preterirlos sin peligro.* En lo cual son de peor condicion que los emancipados; los cuales, segun dijimos, pueden pedir la posesion de los bienes contra el testamento; á lo cual no tienen derecho los ilegítimos. 2° Que los adoptivos, miéntras dure la patria potestad, ó han de ser instituídos, ó desheredados espresamente, De lo cual inferimos, 3° que á los no adoptados plenamente no hai que instituirlos ni desheredarlos, porque es claro que no están bajo la patria potestad, §. 186.

§. DXXVII, DXXVIII y DXXIX. En tantos embrollos y rodeos está envuelta la doctrina de la desheredacion en las *Inst. Pand.* y *Cód.* Pero Justiniano reformó en la *Nov. CXV.* toda esta doctrina, de manera que puede reducirse á pocos axiomas. 1° *Hoi dia han de ser instituídas ó desheredadas por su nombre todas las personas á quienes se les debe una porcion legítima :* y esta se debe á los hijos, á los padres y á los hermanos uterinos y consanguíneos, cuando se prefiere á estos alguna persona torpe; todos sin distincion de sexos. Aquí ocurre una pregunta; á saber, ¿de dónde tiene orígen esta porcion legítima? Lo mas probable es que la haya introducido algun jurisconsulto á ejemplo de la Cuarta falcidia; pues ademas de que en lo antiguo siempre fué la cuarta parte de los bienes, claramente se la llama Cuarta falcidia en las *L.* 8, 9 y 14. *ff.*

los hijos deben considerarse instituídos y pagar los legados, en cuanto no se disminuya su legítima; y por tanto valdrán las mejoras de tercio y quinto que en él se hagan á alguno de los descendientes, segun espresamente lo dispone la *L.* 8. *tít.* 6. *lib.* 10. *Nov. Recop.* (24. de Toro.) Véase á Sala *Inst. rom. hisp. lib.* 2. *tít.* 13. *nota al* §. 5.

De inoffic. test. L. 31. *C. eod.*, y en Paul. *Recep. sent. lib.* 4. *tit.* 5. §. 5. Mas hoi dia ya no es la cuarta parte de los bienes, pues Justiniano estableció en la *Nov. XVIII. c.* 1., que si las personas eran cuatro ó ménos, la porcion legítima fuese la *tercera parte* de la herencia, y si eran mas de cuatro, la *mitad*. II° *Toda desheredacion debe hacerse puramente.* Por tanto no parece desheredado aquel, de quien dice el padre : *desheredo á mi hijo, si es verdad que me ha injuriado, L.* 3. §. 1. *ff. De lib. et posth.* III° *La desheredacion debe hacerse de toda la herencia*; pues si alguno es instituído heredero, aunque solo sea en mui pequeña cantidad, no es desheredado, sino que tiene la accion *in factum expletoria* para completar la legítima. IV° *Toda desheredacion debe hacerse con justa causa, que se esprese en el mismo testamento*, por ejemplo : desheredo á mi hijo por haberme golpeado.

§. DXXX. *Causas justas* son, no cualesquiera que parezcan tales al testador, sino las que están determinadas por las leyes. Justiniano las señaló en la espresada *Nov. CXV. c.* 3, fijando catorce, por las que pueden ser desheredados los hijos. 1° *Injuria grave*, á saber, *de palabra*; por ejemplo, si el hijo dijese al padre que era un malvado. 2° *Injuria de hecho*, si el hijo pusiese las manos en su padre, golpeándole ó azotándole etc. 3° *Si pusiese asechanzas á su vida.* 4° Si delatase al padre ante el magistrado, por ejemplo, por haber defraudado al fisco, y el padre sufriese por ello algun daño. 5° *Si el el hijo tratase con los hechiceros para seguir su profesion.* 6° *Si impide al padre testar ;* lo cual es tan odioso, que aún por eso á los estraños se les quita la herencia como indignos de ella, *L.* 1. §. 12, *y L.* 4. *ff. Si quis aliqu. test. proh.* 7° *Si alguno desatiende á su padre furioso*, y no le toma bajo su cuidado. 8° *Si no le saca del poder de los enemigos pagando el rescate.* 9° *Si el hijo se hace hereje*, cual lo hemos descrito en el §. 520.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

10° *Si el hijo acusase al padre de crímen que merezca pena de muerte*, escepto el delito de lesa majestad; pues estando ordenado que se casti ;ue este crímen aún en los que callan, no se puede atribuir á vicio que prefiera el hijo su bien al de su padre. Por lo demas se deja conocer que esta causa solo se entiende respecto de los hijos varones, porque las mujeres no pueden acusar por la *L.* 8. *ff. De accus.* 11° *Si el hijo tuviese trato ilícito con su madrastra;* cuya causa parece la tomó Justiniano de la misma sagrada Escritura, *Gen. c.* 49. *v.* 34, donde Jacob escluyó por este delito á su hijo primogénito Ruben del reinado y del sacerdocio. 12° *Si el hijo se hacia mimo ó farsante contra la voluntad de su padre:* lo cual hoi dia se aplica malamente á los cómicos, pues los mimos eran infames, *L.* 1. *ff. De his qui not. infam.*, y nuestros cómicos frecuentemente viven con estimacion, y muchas vezes no se envilece el honor de los padres, porque sus hijos escojan este género de vida. 13° *Si el hijo teniendo á su padre en la cárcel, no quiere libertarle afianzando por él.* Tambien esta causa es propia solamente de los hijos varones, pues las hijas, como mujeres, no pueden afianzar por otros, impidiéndoselo el senadoconsulto veleyano. Véase la *L.* 11. §. 12. *ff. De SCto. vellei.* 14° *Si la hija se hace ramera*; mas no basta que haya sido estuprada, sino que se requiere que comercie con su cuerpo. Y aún no basta esto, sino que tambien exigen las leyes que sea menor de edad, y que el padre le haya ofrecido dote y haya querido colocarla. Entónces no cabe duda en que si prefiere ella la disolucion á la honestidad, con razon se la considera digna de ser desheredada (1).

(1) Las catorce causas que Justiniano señaló para desheredar, fueron aprobadas por Don Alonso el Sabio en las *leyes* 5. 6. *y* 7. *del tít.* 7. *Part.* 6., añadiéndose otra por la real prágmatica del año de 1776, corroborada en 1803, por la cual puede ser desheredado el hijo menor

§. DXXXI. Ménos son las causas, por las cuales pueden ser privados los padres de la herencia, *Nov. CXV. c.* 4, pues solo son ocho, y la razon está á la vista; porque siendo mayor la obligacion de los hijos para con los padres, que no la de estos para con aquellos, tambien deben ser ménos los casos, en que pueden mostrarse ingratos los padres respecto de sus hijos. Estas ocho causas son equivalentes á la 3ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª y 11ª del párrafo anterior; solo la *octava* es singular, pues por justa venganza puede el hijo desheredar al padre que dió veneno á la madre de aquel, ó viceversa, desheredar á la madre que haya atentado contra la vida de su padre.

§. DXXXII. Restan las causas, por las que pueden ser desheredados los *hermanos* y *hermanas*. Á la verdad pueden ser preteridos sin riesgo, y ni aún es necesaria la desheredacion, con tal que no se instituya en su lugar á persona torpe. Mas si alguno, por ejemplo, instituye heredera á una mujer pública ó alcahueta, pueden los hermanos y hermanas rescindir el testamento por la queja de inoficioso, á no ser que fuesen desheredados con justa causa. Tales causas justas se hallan en número de tres en la *Nov. XXII. c.* 47. 1ª si el hermano asechase contra su vida; 2ª si le acusase de algun crímen, y 3ª si le perjudicase sobremanera en sus bienes.

§. DXXXIII. Estas son las causas justas de desheredacion, y se pregunta : *si se admiten otras mas atrozes*? Lo cual parece debe negarse, porque Justiniano quiso que

que haya contraído matrimonio, sin obtener primero el consentimiento de su padre, lo mismo que aquellos que contrajeren matrimonio clandestino. El hijo emancipado no pierde la accion de queja, porque por este acto no ha perdido el derecho á la herencia de su padre respecto del hijo emancipado. Sin embargo el padre no puede desheredar por ninguna de estas justas escusas al hijo menor de diez años y medio, porque se le cree incapaz de dolo.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

solamente estas bastasen. Así, por ejemplo, no valdria la desheredacion del hijo, porque hubiese cometido un homicidio; pues aunque estos delitos sean atrozes, sin embargo no se hallan entre las causas de desheredacion. Se ha de distinguir pues entre las causas *diversas*, aunque mas atrozes, y causas del *mismo género*: estas se admiten; aquellas de ningun modo. Así, por ejemplo, si puedo desheredar á mi padre por haber dado veneno á mi madre, claro está que valdria lo mismo la desheredacion, si fuese por haberla muerto con una espada. De este asunto trató diligentemente Ulr. Hubero en sus *Præl. ad. Inst. h. t.*

TÍTULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

§. DXXXIV. Dijimos que á la desheredacion era contraria la *institucion de heredero*, de la cual se trata en este título. Manifestaremos, 1° quiénes pueden ser instituídos herederos; 2° cómo se divide el *as* hereditario; 3° de cuántos modos puede hacerse la institucion de heredero.

§. DXXXV y DXXXVI. Supuesto que la solemnidad interna del testamento consiste en la institucion de heredero, de suerte que es como el principio y fundamento del testamento, §. 34. *Inst. de legat.*, (1) se pregunta ante todas cosas, qué es heredero? Heredero es *el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto*. En cuya definicion se distingue el heredero del *legatario* y *fideicomisario singular*, pues ninguno de estos sucede en todo el derecho del difunto, sino en una cosa singular, por ejemplo, en

(1) En España, segun ya queda dicho, no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, segun la *L.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *Nov. Recop.*

una casa, un prado, una biblioteca, etc. Por lo cual, no pagando el legatario y fideicomisario ninguna deuda contraída por el difunto, incumbe esta carga solamente al heredero, porque es el sucesor en todos los derechos del difunto, *L.* 24. *ff. De verb. sign.* Supuesta esta definicion, fácilmente se entenderá la primera cuestion de nuestro título, *quiénes pueden ser instituídos herederos*; lo cual esplicamos con un axioma general derivado de la definicion: *puede ser instituído heredero todo aquel que puede suceder en los derechos de ciudadano romano al tiempo de hacerse el testamento, de la muerte del testador y de la admision de la herencia.* Nada hai mas claro que este axioma, pues el hacer testamento es derecho quiritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, y por tanto ninguno puede percibir algo del testamento, sino el que puede suceder en los derechos del testador como ciudadano romano. Mas deben tenerse presentes tres tiempos para saber si uno puede ser instituído heredero; pues conviene que sea capaz 1° *al tiempo de hacerse el testamento*, 2° *al morir el testador*, 3° *al adir ó admitir la herencia.* No importa que en los tiempos intermedios sea inhábil, *L.* 49. §. 1. *ff. h. t.*; por ejemplo, miéntras Ciceron estuvo desterrado por Clodio, era incapaz de la herencia, ya le instituyese alguno heredero, ya muriese el testador estando él desterrado, ya que en calidad de tal entrase en a herencia. Y en nada hubiera perjudicado á Ciceron su destierro, si en las tres épocas mencionadas se hubiese hallado en la ciudad.

§. DXXXVII. Veamos las conclusiones que se derivan de este axioma; á saber de aquí se sigue, 1° que *tambien los siervos pueden ser instituídos herederos.* Se ha de distinguir no obstante entre los siervos propios y ajenos. Los *propios* no son herederos sino con la libertad, porque de otro modo no pueden suceder en el derecho de ciuda-

dano romano, mas los *ajenos* tambien pueden instituirse aún sin libertad. Se objetará que el siervo no puede suceder en el derecho de ciudadano romano; pero es fácil la respuesta: los siervos no se instituyen por su persona, sino por la de su dueño, *L.* 31. *pr. ff. h. t.*; por tanto no adquieren para sí, sino para sus señores, y por eso basta que estos puedan suceder en todos los derechos de ciudadano romano. No obstante de ser corriente en las leyes, que pueden instituirse los siervos, debe tenerse presente una escepcion que se halla en el rescripto de Severo y Antonino, *pr. Inst. h. t.* á saber, *si se sospechase que el siervo habia cometido adulterio con su señora, y esta le nombra heredero, no valdria esta institucion, hasta que se diese sentencia en la causa de adulterio.* La razon está á la vista; pues así se haria libre el siervo heredero, y no podria ser atormentado, esto es, puesto en rigurosa cuestion de tormento, y el delito quedaria impune.

§. DXXXVIII. Del mismo axioma inferimos, II° que solamente los ciudadanos romanos, y no los estranjeros, pueden ser instituídos herederos, *L.* 6. §. 2. *ff. h. t.* Porque ¿cómo podria suceder un estranjero en el derecho de ciudadano romano? Se cree sin embargo vulgarmente que está derogado este derecho por la *Auth. Omnes peregrini. C. Communia de success.* Mas en esta Auténtica no establece Federico II que los estranjeros puedan ser instituídos herederos, sino que puedan solamente hacer testamento y dejar sus bienes abintestato á los próximos parientes Entretanto, habiendo Eschiltero, en la *Diss. de jure peregrinor.*, observado mui bien, que hai poca diferencia hoi dia entre los estranjeros y nacionales, no es de admirar que tambien aquellos puedan ser instituídos herederos.

§. DXXXIX. Sigue III° la cuestion de *si pueden ó no las personas inciertas ser instituídas herederas.* Ya observámos

en el §. 523, que antiguamente no podian serlo, pues la institucion de heredero era un *título de honor*; y ¿quién, pregunto, querria honrar á una persona desconocida, de la que no tiene formada ninguna idea? A la verdad así se observaba en tiempo de Plinio, bajo Trajano, como se manifiesta en su *lib. V. Ep.* 7. donde espresa, *que era nulo lo que se dejaba á los municipios, no por otra razon que la de ser personas inciertas.* Sin embargo esta legislacion fué variando poco á poco, y por Derecho nuevo se distingue, *si la persona desconocida puede hacerse cierta despues de la institucion, ó no.* Si de ningun modo puede venirse en conocimiento de ella, es evidente que no vale la institucion de heredero; por ejemplo, si uno nombrase heredero á *Juan*, y entre tantos miles de Juanes no se sabe de quién hablaba el testador: mas si despues de hecha la institucion puede averiguarse la persona, vale aquella; por ejemplo: *instituyo heredero al que salga cónsul en el año próximo*, §. 26, 27. *Inst. De legat.* Con esto se da fácilmente la razon de por qué puede dejarse hoi dia la herencia á los pobres, iglesias, ciudades y cualesquiera corporaciones permitidas, esto es, confirmadas por el príncipe; lo cual no podia hacerse antiguamente, segun demostrámos claramente en nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 3.

§. DXL y DXLI. Habiendo mostrado hasta aquí quiénes pueden ser instituídos herederos, toca ahora hacer ver quiénes no pueden serlo. De estos hai dos clases; los unos están prohibidos *simpliciter*, de suerte que no pueden ser instituídos por nadie y en ningun caso; y los otros están prohibidos *secundum quid*, de manera que solo en ciertos casos son incapazes. Están prohibidos *simpliciter* 1° *los hijos varones de los reos de Estado*, los cuales redujo á tan miserable condicion la terrible *L.* 5. *C. ad L. jul. maj.*, por la cual no solo se les privaba de la herencia paterna y materna, sino que no podian recibir

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nada de ningun estraño. Y decimos que la prohibicion solo comprendia á los hijos varones, pues la condicion de las *hijas* era algo mejor, pudiendo percibir la legítima de sus ascendientes maternos, *L.* 5. *C. eod.* Tambien están prohibidos simpliciter de tomar nada de la herencia 2º los *apóstatas*, *herejes* y *judíos*, habiendo ya visto arriba cómo se debe entender esto. Últimamente, 3º nada perciben *simpliciter los colegios* y *cuerpos ilícitos*, *L.* 12. *C. h. t.* Mas aquí no se llaman colegios ilícitos moralmente los que son contra las buenas costumbres, por ejemplo, los de ladrones, asesinos, etc., sino los que no están aprobados por el príncipe. De aquí es que aunque, por ejemplo, un colegio de músicos no está prohibido moralmente, no obstante no puede dejársele ninguna parte de herencia, porque no está aprobado por el príncipe. Estos eran los incapazes de heredar simpliciter. *Secundum quid* no puede ser instituído en ciertos casos, 1º el *príncipe*, si se hace por *causa de pleito*, para oponer un rival mui poderoso á los contrarios; sobre cuyo asunto existe una elegante oracion de los emperadores Severo y Antonino, §. 8. *Inst. Quib. mod. test. infirm.*, donde se halla aquella sentencia digna de un príncipe: *aunque las leyes no nos obligan, sin embargo vivimos por ellas. Secundum quid* no puede ser instituído, 2º el *cónyuge* que se casa con la viuda ó viudo, si se le deja mas de lo que recibió cada uno de los hijos del primer matrimonio. Es de saber que las segundas nupcias eran odiosas, y por tanto las leyes miraban por los hijos del primer matrimonio, para que no se les privase de los bienes paternos y maternos. 3º Nada pueden percibir entre *sí los padres é hijos incestuosos*; y ni tampoco 4º podian ser instituídos por los padres los hijos *naturales* ó nacidos de concubina, sino á falta de hijos y padres legítimos, *L.* 1. 2. *C. De liber. nat.* Añadimos 5º que el *adúltero* y *adúltera* no pueden tomar nada uno de

otro. Por tanto, si recíprocamente se dejaban algo, como que eran indignos de ello, lo percibia el fisco, y aún al presente lo hace así, *L.* 13. *ff. De his quæ ut indignis auf.* (1)

§. DXLII. Concluída la primera parte de este título, sigue la otra: *cómo se ha de dividir el as hereditario*? La palabra *as* es griega en su orígen, y significa lo mismo que *uno, todo, íntegro* é *indivisible*. Los romanos solian llamar *as* á toda universalidad; así, por ejemplo, lo que habia de pagarse anualmente con el nombre de réditos, se llamaba *as usurario*, y de aquí es que tambien llamaban *as hereditario* á toda la masa de la herencia. Todo el *as* se dividia por los romanos en doce *onzas*, las cuales desde la primera hasta la última tenian su nombre particular. Pues

1º Si alguno recibia una onza, ó la duodécima parte de la herencia, se llamaba heredero *en una onza*.

2º Si dos onzas, ó $\frac{2}{12}$, se decia heredero en el *sestante*.

3º Si tres onzas, ó $\frac{3}{12}$, era heredero en el *cuadrante*.

4º Si cuatro onzas, ó $\frac{4}{12}$, era heredero en el *triente*.

5º Si cinco onzas, ó $\frac{5}{12}$, era heredero en el *quincunce*.

6º Si seis onzas, ó $\frac{6}{12}$, era heredero en el *semisse*.

7º Si siete onzas, ó $\frac{7}{12}$, era heredero en el *septunce*.

8º Si ocho onzas, ó $\frac{8}{12}$, era heredero en el *bes*.

9º Si nueve onzas, ó $\frac{9}{12}$, era heredero en el *dodrante*.

10º Si diez onzas, ó $\frac{10}{12}$, era heredero en el *decunce* ó *destante*.

(1) En España no pueden ser instituídos herederos, 1º los que han sufrido muerte civil, ya por razon de voto, ya por razon de pena. 2º Los que han abandonado la religion del Estado. 3º Las corporaciones ilegalmente establecidas. 4º Los alevesos y traidores, declarados tales por sentencia, todos los cuales tienen una prohibicion absoluta de ser instituidos. La tienen relativa, 1º los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y 2º el confesor en la última enfermedad, su iglesia convento y parientes.

11° Si onze onzas, ó $\frac{11}{12}$, era heredero en [illegible]*uncunce*.

12° Si doce onzas, ó $\frac{12}{12}$, se llamaba heredero en el *as*.

Estos son los nombres de las onzas: y ¿qué sucede si uno no toma una onza entera, sino por ejemplo, $\frac{1}{24}$? Entónces se llama heredero *en una semiuncia*. Y si es instituído en la cuarta parte de una onza, y toma $\frac{1}{48}$? Entónces se llama heredero *en un sicílico*. Hai ademas otras palabras del mismo género, pero que se omiten aquí, por ser mui raras en nuestro Derecho; pueden leerse dos autores antiguos, *Volusio Meciano* y *Balbo* acerca del *as*, los cuales reunió en su escelente libro de las antiguas monedas Juan Fed. Gronovio.

§. DXLIII y DXLIV. Con estos antecedentes fácilmente se entenderá *cómo se ha de dividir la herencia*, especialmente si el testador ha errado en la distribucion del *as*. Es un axioma general, *que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as*; pues no pudiendo morir ninguno parte testado y parte intestado, §. 491. 3., y habiendo entre estas dos cosas una repugnancia natural, *L.* 7. *ff. de R. J.*, es consiguiente que se distribuya entre los herederos todo el *as* hereditario; por cuanto de otro modo la parte sobrante iria á los herederos abintestato, y el testador moriria parte testado y parte intestado (1). De este axioma se sigue, 1° *que si un heredero ha sido instituido en parte, percibe todo el as*. Por ejemplo, el testador deja treinta mil, é instituye á Pedro en la mitad, sin nombrar mas heredero; entónces Pedro en lugar de la mitad percibe los treinta mil. *L.* 1. §. 4. *ff. h. t.* 2° Se

(1) Como en España no se necesita la institucion de heredero para la validez del testamento, parece consiguiente que entre nosotros cese el derecho de acrecer, de que se habla mas abajo en el testo, y por lo mismo se deben entender corregidas las leyes de Partida que tratan de esta materia. Con todo habrá derecho de acrecer, si el testador manifestó su voluntad de que lo hubiese.

sigue *que si son muchos los herederos, y no se les ha señalado porcion á ninguno, todos perciben partes iguales*. Por tanto si el testador instituye seis herederos sin añadir cuánto deben llevar, tomará cada uno cinco mil. Por lo demas se ha de tener presente, *que muchas personas que están juntas, siempre se tienen por una*, *L.* 11. 13. *ff. h. t.* Por ejemplo, si el testador dejase así: el *primero* sea heredero, el *segundo* y el *tercero* sean herederos, el *cuarto*, *quinto*, *sesto* y *sétimo* sean herederos; se harán tres partes, y el primero llevará diez mil, el segundo y tercero cada uno cinco mil, y cada uno de los restantes [illegible] mil quinientos. De esto se infiere, 3° *que si sobra algo del as, acrece á cada heredero á prorata*; por ejemplo, el testador deja cuarenta mil, é instituye al primero en la mitad, y á otro en el cuadrante; restan diez mil que se dividirán entre los dos coherederos, de modo que el primero lleve el doble que el otro. 4° Dedúcese, *que si se distribuyen mas onzas que corresponden, lo que falta, se saca á prorata de cada uno de los herederos*. Por ejemplo, el testador deja doce mil, é instituye al primero en la mitad, y al segundo, tercero y cuarto, á cada uno en el cuadrante: como falta un cuadrante, debe disminuirse á prorata la parte de los herederos; y por tanto el primero llevará seis mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, el cuarto dos mil, lo mismo que si hubiesen sido instituídos en el sestante. 5° De aquí dimana, *que si algunos herederos tienen señalada su parte, y otros no, estos tomarán lo restante; y si no sobra nada del as, se hará un dupondio del as, esto es, se dividirá la herencia en 24 onzas*. Por ejemplo, el testador instituyó al primero en el cuadrante, al segundo en la tercera parte de la herencia, al cuarto y quinto sin porcion espresa, y la masa hereditaria es doce mil: el primero tomará tres mil, el segundo cuatro mil, y sobrando cinco mil, se dividirán en porciones iguales entre los demas

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

herederos que no tenian parte señalada. Al contrario, si el testador hubiera dicho : el primero sea heredero en cuatro onzas, el segundo en otras cuatro, el tercero en otras cuatro, y ademas el cuarto sea heredero : entónces tomará el primero dos mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, y el cuarto seis mil.

§. DXLV y DXLVI. Resta la tercera parte de este título, *de los modos de instituir heredero*. Hácese pues la institucion ó *puramente, ó bajo condicion*. Y no se hace tambien *hasta cierto dia, ó desde tal dia*? No, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado (1). Si uno dijese : *Juan sea heredero despues de diez años*; deberia entónces permanecer la herencia hasta aquel tiempo en los herederos abintestato, lo que no permiten nuestras leyes. Sin embargo otra cosa se diria, si fuese incierto el dia que se señalase, de manera que pueda suceder el que acaso nunca llegue. Pues semejante dia incierto se tiene por condicion, y por tanto vale la institucion hecha : *serás mi heredero el dia que te hagan cónsul*. Pudiéndose hacer bajo condicion la institucion de heredero, se pregunta : *qué es condicion y de cuántas maneras puede ser* ? Condicion es *la circunstancia por la que se suspende una cosa hasta algun acontecimiento incierto*.

(1) No siendo esto de temer en España, segun la *L.* 1. *tit.* 18. *lib* 10. *Nov. Recop.*, parece no haber ningun inconveniente en que el heredero se instituya desde cierto tiempo, ó hasta cierto tiempo, sucediendo en este caso que despues pasa la herencia á los herederos abintestato.

Es doctrina mui esencial en el Derecho español, que el testador puede distribuir como quiera todos sus bienes, si no tiene ascendientes ni descendientes, pues si tiene hijos, nietos etc., solo podrá disponer libremente del quinto ; y si no tiene descendientes, pero viven sus padres, abuelos etc., tansolo podrá disponer del tercio. Sin embargo el que tenga descendientes, podrá disponer de tercio y quinto en favor de ellos.

De donde claramente se manifiesta, que no es condicion la que se refiere á cosa pasada, pues ¿ cómo ha de ser incierto lo que ya sucedió ? No obstante á vezes surte el efecto de condicion, si respecto de nuestra noticia la cosa es incierta ; lo cual se verifica frecuentemente en las promesas ; por ejemplo : ¿ me das ciento, si esta ocupado el puerto de Santander ? Dividen los doctores en seguida la condicion en *posible* é *imposible* : pero esta division es poco cómoda, y ni aún es conforme á la naturaleza de las divisiones, pues condicion es la que suspende el negocio hasta un acontecimiento incierto, constando ya que nunca ha de verificarse ; por lo demas, prestando alguna utilidad esta division, con razon se la tolera en el Derecho.

§. DXLVII. La condicion posible se subdivide en *potestativa*, *casual* y *mista* : *potestativa* es la que está en nuestra facultad ; *casual*, la que pende de la casualidad ; *mista*, la que depende en parte de nuestro arbitrio, y en parte de la suerte ; mas si hemos de confesar la verdad, ni aún esta division es exacta, pues apénas puede darse ejemplo de la condicion potestativa en que al mismo tiempo no intervenga principalmente la divina Providencia.

§. DXLVIII. Tambien la condicion *imposible* es de tres maneras, pues ó es imposible por las *leyes* ó buenas costumbres, por ejemplo : sé heredero, si matas á tu hermano, ó sales desnudo á la plaza ; ó por *naturaleza*, por ejemplo : sé heredero, si te bebes toda el agua del rio ; ó por la *ambigüedad de las palabras*, si de tal manera se oponen entre sí, que la cláusula no puede tener efecto, por ejemplo : si el primero es heredero, séalo el segundo : siendo heredero el segundo, séalo el primero. Tantas son las especies que hai de condiciones ; y no obstante puede añadirse una nueva division ; á saber, que unas son

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rmativas, por ejemplo: sé heredero, si te casas; y otras *negativas*, v. gr. sé heredero, si no mudas de religion. Las últimas tienen de singular que no suspenden la herencia, sino que el instituído puede al punto tomarla, dando caucion de restituirla con los réditos, tan pronto como obre contra la condicion. Esta *caucion* se llama *muciana* por su inventor Q. Mucio Escévola, *L. 7. pr. ff. De condit. et demonstr.*

§. DXLIX y DL. Esplicadas las divisiones de la condiciones, llegamos ya á las reglas mismas. La 1ª es, *que á los herederos suyos no pueden ponerse mas condiciones que las potestativas, L. ult. C. De cond. et dem.* La razon es, porque á los herederos suyos la misma lei les ha destinado la herencia, y por tanto no está en el arbitrio del padre hacer mas dura la condicion del hijo. 2ª *El estraño debe cumplir las condiciones posibles cualesquiera que sean*; pues el testador está en lugar de legislador, y por tanto puede dar á su heredero la lei que quiera. Ha de observarse, que si se imponen al heredero muchas condiciones *copulativas*, se han de cumplir todas, y si *disyuntivas*, basta que se cumpla una. Por ejemplo, si el testador dice: serás mi heredero, si te haces doctor en leyes y te casas con mi hija; se ha de llenar una y otra condicion. Al contrario, si uno dice: te instituyo mi heredero, si te casas con mi hermana, ó si te dedicas á la jurisprudencia; no es necesario que haga mas que una de las dos cosas. 3ª *Si la condicion depende de un tercero, y este tiene la culpa de que no se cumpla, se tiene por satisfecha la condicion.* Así en el caso anterior, en que se mandó al heredero casarse con la hermana del testador, si ella le da repulsa, recibirá él la herencia lo mismo que si se hubiese casado. 4ª *La condicion imposible se considera no puesta.* Existe un ejemplo de esto en Petron. *Satyric. p.* 157, donde Eumolpo habia instituido heredero de este modo: *todos aquellos á quienes en mi testamento se les deja algo, escepto mis hijos, lo percibirán con la condicion que les impuse, de hacer pedazos mi cuerpo y comérselo á presencia del pueblo.* Aquí ciertamente los herederos podian percibir sus porciones, aunque no comiesen bocado tan delicado. Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contratos, en donde puesta una condicion imposible, no se entiende que no la hai, sino que vicia el contrato, §. 10. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es obvia, pues el testamento es un acto unilateral, y el heredero nunca consiente en la condicion imposible; lo que no sucede en los contratos, pues como actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos. Por tanto los que consienten en la condicion imposible, ó no están en su sano juicio, ó se burlan, y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato. 5ª *La condicion ambigua hace que la institucion será inútil*; pues ya manifestámos arriba en el §. 548. que no puede tener efecto. 6ª *El heredero no trasmite la herencia á sus herederos, miéntras no se cumpla la condicion del testador*; porque ¿cómo ha de poder trasmitir lo que él mismo no tuvo? Sin embargo se observa tambien otra cosa en los contratos, en los que hasta la esperanza pasa á los herederos, §. 4. *Inst. De V. oblig.* Por tanto si uno, por ejemplo, me instituye heredero para el caso de que la nave vuelva del Asia, y yo muero ántes que venga, no recibirán nada mis hijos, aunque llegue felizmente la nave despues de mi muerte. Al contrario si alguno me promete algo bajo esta condicion, despues de mi muerte debe cumplirse á mis hijos, si vuelve la nave.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

INDICE

DEL

TOMO PRIMERO.

Pág.

Discurso preliminar sobre la necesidad del estudio del Derecho romano 1

Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por Mr. Dupin 13

Cap. I. Derecho romano en tiempo de los reyes 15

Cap. II. Derecho romano hasta las XII Tablas 16

Cap. III. Derecho romano desde las XII Tablas hasta el tiempo de Augusto 18

Cap. IV. Derecho romano desde Augusto hasta Constantino 24

Cap. V. Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano. 33

Cap. VI. Composicion del Cuerpo del Derecho 37

Cap. VII. Cuál fué despues de Justiniano la suerte de su legislacion 41

Cap. VIII. Del Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad 49

RECITACIONES.

Proemio del autor 53

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO PRIMERO.

Tít. I. De la justicia y del Derecho. 81
Tít. II. Del Derecho natural, de gentes y civil. 97
Tít. III Del Derecho de las personas. 138
Tít. IV. De los ingenuos 145
Tít. V. De los libertinos. 147
Tít. VI. Quiénes no pueden manumitir, y por qué causas se les prohibe 159
Tít. VII Lei fusia caninia revocada. 164
Tít. VIII. De los que son dueños de sí mismos (*sui juris*), y de los que están sujetos á potestad ajena (*alieni juris*). 166
Tít. IX. De la patria potestad. 169
Tít. X. De las nupcias. 176
De la legitimacion. 189
Disertacion de Justo Heningio Boehmero sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento 197
Tít. XI. De las adopciones. 244
Tít. XII. Modos de acabarse el derecho de patria potestad. 257
Tít. XIII. De las tutelas. 265
Tít. XIV. Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento. . 273
Tít. XV. De la tutela legítima de los agnados. 279
Tít. XVI. De la capitis-diminucion. 283
Tít. XVII. De la tutela legítima de los patronos. 288
Tít. XVIII. De la tutela legítima de los padres 289
Tít. XIX. De la tutela fiduciaria. 290
Tít. XX. Del tutor atiliano y del que se da por la lei julia y ticia. 292
Tít. XXI. De la autoridad de los tutores. 297
Tít. XXII. De qué modos se acaba la tutela. 305
Tít. XXIII. De los curadores. 310
Tít. XXIV. De las fianzas de los tutores ó curadores. 321
Tít. XXV. De las escusas de los tutores y curadores. 329
Tít. XXVI. De la remocion de los tutores y curadores sospechosos. 342

LIBRO SEGUNDO.

Tít. I. De la division de las cosas, y modo de adquirir su dominio. 351
Tít. II. De las cosas corporales é incorporales. 404
Tít. III. De las servidumbres de los predios. 406
Tít. IV. Del usufructo. 421
Tít. V. Del uso y de la habitacion. 432
Tít. VI. De las usucapiones. 435
Tít. VII. De las donaciones. 449
Tít. VIII. Á quiénes se permite ó no enajenar. 462
Tít. IX. Por qué personas podemos adquirir. 470
Tít. X. Del modo de hacer testamento. 480
Tít. XI. Del testamento militar. 500
Tít. XII. Á quiénes no es permitido hacer testamento. 511
Tít. XIII. Del modo de desheredar á los descendientes 517
Tít. XIV. De la institucion de heredero. 534

Paris. Tip. Garnier hermanos, 6, rue des Saints-Pères.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

