



DAD A
CIÓN C

GOTTI,
FRINECCIO)

SITACION
L. DERECHO
CIVIL

KB145

H4

1888

V.2

c.1

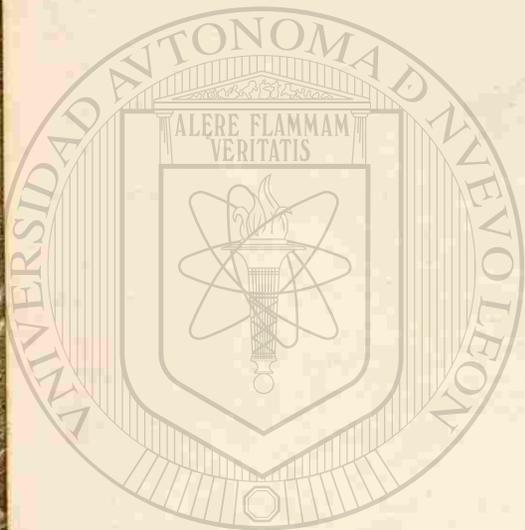
7468r

V.2



1080006430





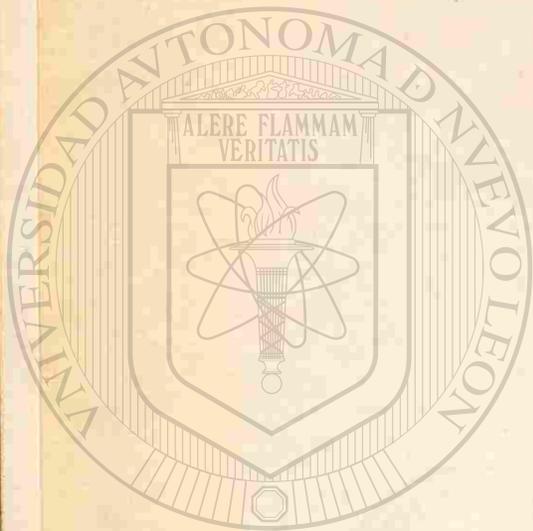
UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



®

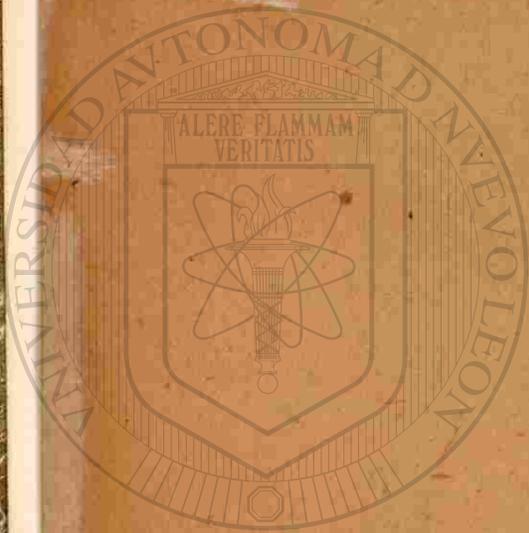


Santiago Roel

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

C-8
64

DEL DERECHO CIVIL

SEGUN

EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA,
POR J. GOTTL. HEINECCIO.

TRADUCCION DE D. LUIS DE COLLANTES,

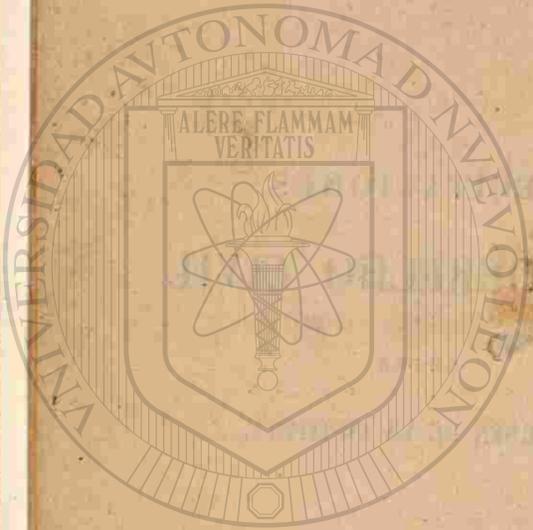
REVISADA

POR DON VICENTE SALVÁ.

TERCERA EDICION,

MUY MEJORADA EN LO TOCANTE AL DERECHO ESPAÑOL.

TOMO SEGUNDO



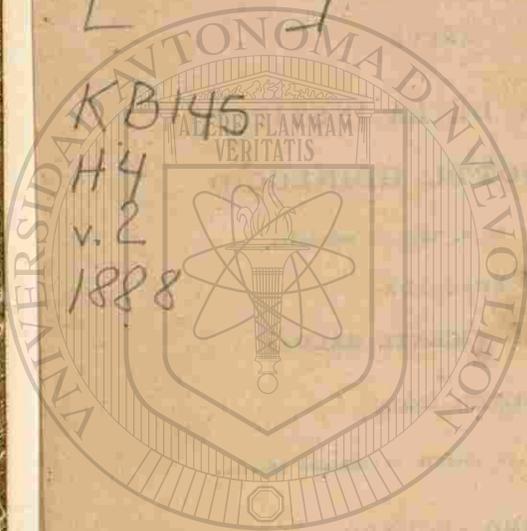
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

PARIS
LIBRERIA DE GARNIER HERMANOS

CALLE DE SAINTS-PÈRES, Nº 6.

1888

D 346.07 VT
H 468 R 5/VI/79
v.2



FORM

6430

CONTINUACION

DEL

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

§. DLI. Sigue ya la materia de las *sustituciones*, que en Roma eran frequentísimas, tanto que no solo instituian segundo heredero para el caso de faltar el primero, sino tambien un tercero, un cuarto y mas. Así se ve en Suetonio, *Vit. August. c. 101.*, que Augusto instituyó herederos en primer lugar á Tiberio y Livia, en segundo á Druso Germánico y sus hijos, y en tercer grado á muchos parientes y amigos. El designio de los testadores era, que si los primeros herederos dejaban la herencia, fuesen herederos los segundos; si los segundos no la querian admitir, la tomasen los terceros; y á esto llamaban *sus:ituir*. Dos eran las razones de esta sustitucion: *primera*, que por el temor de las deudas los herederos instituidos repudiaban frecuentemente la herencia; lo cual tenian por ignominioso los antiguos: *segunda*, que los que dejaban hijos impúberes, temian que muriendo dentro de la pubertad, quedasen intestados; por lo que se sustituia pupilarmente al que querian heredase.

§. DLII, DLIII, DLIV y DLV. Con esto fácilmente se entenderán la definicion y divisiones de la sustitucion. En nuestras leyes se define la *sustitucion*, diciendo, que es la

TOM. II.

4.

institucion de segundo heredero para el caso de faltar el primero; por ejemplo: sea mi heredero Juan; si no lo fuese, séalo Pedro. No obstante puede añadirse á la definicion, que tambien puede nombrarse un tercero, un cuarto y mas herederos para el caso de que falten los que preceden, como ya lo hemos demostrado con el ejemplo del testamento de Augusto. La sustitucion es directa ó fideicomisaria: la directa se hace con palabras directas é imperativas, y la fideicomisaria con palabras de súplica ú oblicuas; por ejemplo: sea mi heredero Juan, y le encargo que si muere sin hijos, deje la herencia á Pedro. Mas la sustitucion fideicomisaria propiamente no es sustitucion; no vulgar, porque aquella se hace para el caso de que no haya heredero; no pupilar, porque en aquella puede tambien sustituirse á los adultos. Sin embargo está admitida entre los doctores la sustitucion fideicomisaria. De mayor utilidad es la otra division en vulgar y pupilar. Vulgar es cuando un testador sustituye á un heredero para el caso de que no admita la herencia; la pupilar, al contrario, es cuando el padre sustituye al hijo impúber, para el caso de que sea heredero y muera ántes de salir de la pubertad. Tres son las diferencias entre estas sustituciones, pue 1º vulgarmente pueden sustituir todos los testadores; pero pupilarmente solo los padres: 2º vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los impúberes: 3º sustituimos vulgarmente para el caso negativo de que no haya heredero, y pupilarmente en el caso afirmativo de que haya heredero y muera dentro de la pubertad. Últimamente se divide la sustitucion en expresa y tácita; la primera es la que se expresa con palabras; la segunda, cuando bajo la una se comprende la otra, pues siempr bajo la sustitucion pupilar se entiende tácitamente la vulgar, y la vulgar tambien abraza la pupilar, si muere impúber el sustituido vulgarmente, L. 4. ff. h. t.

§. DLVI. Estas son las divisiones de la sustitucion; ahora se trata en este titulo de la vulgar. Y verificándose esta en el caso de que uno no sea heredero, se pregunta: ¿se entiende esto, cuando uno no quiere ser heredero, ó cuando no puede? Se responde que deben observarse aquí dos reglas: 1ª las palabras, si no es heredero, pertenecen á ambos casos que los doctores llaman caso de *noluntad y de impotencia*: 2ª si uno de los dos casos está expreso, bajo él se entiende tambien comprendido el otro. Por tanto si, por ejemplo, el testador dijere: sea mi heredero Juan, y si no puede, séalo Pedro; es lo mismo que si dijese, si no quisiere; lo que segun su costumbre suelen espresar los doctores diciendo, que *el caso de noluntad abraza tambien el caso de impotencia, y viceversa.*

§. DLVII. Llegamos ya á las conclusiones que nacen de la misma definicion. Dijimos que la sustitucion vulgar es la institucion de segundo heredero, etc.; de donde de se sigue 1º que *pueden ser sustituidos herederos los mismos que pueden ser instituidos.* Por tanto los que son incapazes de heredar, tampoco pueden ser sustituidos; por ejemplo: vimos en el titulo anterior, que los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos; luego si uno dijese: sea mi heredero Juan, y en su defecto sea sustituto el colegio de música; esta sustitucion no tiene ningun valor. 2º *Que pueden ser instituidos muchos en lugar de uno, y uno en lugar de otro y en lugar de muchos;* lo que es por sí solo tan claro, que no necesita ejemplos 3º *Que los mismos herederos pueden sustituirse reciprocamente;* lo cual se hace con esta fórmula: *sean herederos el primero, el segundo y el tercero, y si alguno falta, sean sustituidos los restantes.* Esta sustitucion de los coherederos se llama *reciproca ó mutua,* y por los doctores *compendiosa;* pero acreciendo comunmente á los coherederos la porcion del que falta, aunque no haya sustitucion, se ve muy clara-

mente que aquella sustitucion es superflua las mas de las veces (1).

§. DLVIII. Inferimos tambien de la misma definicion, 4º que en caso de duda se entiende que el sustituto es llamado á la misma parte en que estaba nombrado el instituido, porque sucede en su lugar: por tanto, si el primero está instituido en el sestante, el segundo, el tercero y cuarto en el cuadrante, el quinto en el sestante, y el sexto es sustituto del primero, el sétimo del segundo, y así en seguida; faltando el primero recibirá el sexto el sestante; faltando el segundo, tomará el sétimo el cuadrante, y así los demas. 5º La sustitucion vulgar concluye en dos casos: 1º si el sustituto muere ántes que el testador, y 2º si el instituido admite la herencia: así suelen esplicarse los doctores. Pero Pagenstechero observó el primero, *Aphor. h. t.*, que ocurren todavia otros dos casos en nuestras leyes; á saber; 3º si el heredero fuese contumaz en la admission de la herencia, *Nov. 1. c. 1.*: 4º si el menor admite la herencia y despues consigue la restitucion *in integrum*, pues entónces indudablemente se acaba la sustitucion, como nos enseña la *L. 7. §. ff. De minoribus*.

§. DLVIII. (*duplicado*). Resta la VIª conclusion, que esplican así los juriconsultos: *el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido*, §. 3. *Inst. h. t.* El caso es este: sea heredero el primero; en su defecto séalo el segundo, y á falta de este el tercero. Muerto el testador, muere tambien el segundo instituido; el primero repudia la herencia, y por tanto se pregunta: es admitido el tercero? La razon de dudar es, que el tercero, no es sustituto del primero, sino del segundo; y no obstante se le admite,

(1) « Ca si muriese aquel que fuese establecido primeramente, ántes que hubiese tomado la heredad, ó se haya otorgado por heredero, será heredero el segundo. Eso mismo seria si fuese vivo, é non quisiese recibir la herencia ó la desechase. » *L. 2. tit. 5. Part. 6.*

porque el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido, pues como advertimos en el §. 550, era ignominioso entre los romanos el que no hubiese heredero por testamento; y por tanto se admitian todos los sustitutos, para que no quedasen destituidos los testamentos.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR.

§ DLIX. Hasta aquí de la sustitucion vulgar, acerca de la cual ya vimos en el título antecedente, en qué se diferencia de la pupilar. Ahora veremos la definicion de esta. Sustitucion pupilar es, cuando el padre sustituye á sus hijos constituidos en su potestad, y que no han de entrar en la de otro, para el caso de que mueran ántes de llegar á la pubertad. Si deseamos averiguar el origen de esta sustitucion, Vinio, Eschultingio y otros doctos varones niegan que provenga de la lei de las XII Tablas, no obstante que de allí suelen derivar la vulgar. Mas no es dudoso que se equivocaron aquellos esclarecidos varones, pues la lei de las XII Tablas dice: *téngase por lei lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes, ó de la tutela de sus cosas*. Ahora bien, ya hemos advertido varias veces, que los hijos respecto de sus padres no son personas, sino cosas (§. 135); luego cuando el padre nombra heredero á su hijo, ó le sustituye, claro está que lega ó dispone de sus cosas, y por tanto no puede dudarse que la sustitucion pupilar se deriva de las mismas XII Tablas.

§. DLX. Hemos visto la definicion y el origen de esta sustitucion; llegamos ya á los axiomas que nos sumi-

nis'ra la definicion, que son tres : 1º *el fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* Este axioma es claro desde que la lei de las XII Tablas permitió solamente al padre, y no al extraño, disponer de sus cosas. IIº *La causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad;* pues no pudiendo testar los impúberes (§. 516. 7.), creían justo los romanos que testasen en su lugar los padres : esta razon cesaba desde que el hijo llegaba á la pubertad. IIIº *La sustitucion pupilar es un doble testamento,* § 2. *Inst. h. t.* Mas esto debe entenderse bien, pues no es doble por razon de la forma ó de las solemnidades, no requiriendo ciertamente mas que siete testigos; sino por razon de la materia ó de la institucion de herederos; porque en primer lugar hace el padre testamento y nombra al hijo por heredero; y en segundo testa tambien por su hijo, y le señala heredero para el caso de que muera ántes de entrar en la pubertad.

§. DLXI. De cada uno de los axiomas antedichos nacen algunas conclusiones; pues siendo el fundamento de esta sustitucion la patria potestad (§. 560. 1.), es consiguiente

1º *que la madre no puede sustituir de este modo,* porque nunca tiene á los hijos bajo su potestad; y si bien nadie niega á la madre el poder sustituir vulgarmente, nunca puede hacerlo pupilarmente. 2º *Tampoco puede el padre sustituir á los hijos emancipados;* porque habiendo salido ya de la patria potestad, y siendo ella el fundamento de esta sustitucion, §. 560. 1, es evidente que semejante sustitucion no vale, *pr. Inst. h. t.* 3º *Ni el abuelo puede sustituir pupilarmente á los nietos que han de recaer en la potestad de su padre;* pues estos muerto su abuelo, no son *sui juris*, y por tanto no puede sucederles otro heredero que el padre. No obstante por la lei veleya se estableció, que si el abuelo instituía, ó desheredaba á su nieto, tambien le pudiese sustituir pupilarmente; esta sustitucion

se dice que se hace por la fórmula de la lei veleya, *L. 2. pr. ff. h. t.* 4º *El padre puede sustituir tambien al hijo desheredado,* *L. 1. §. 2. ff. h. t. (1)*, pues el fundamento, como muchas veces se ha dicho, es la patria potestad, la cual no se acaba con la desheredacion. Podria alguno oponer, que el desheredado no tiene bienes que puedan ir al sustituto; mas aunque no los tenga paternos, puede ser rico con los maternos; y la sustitucion pupilar se estiende á todos los bienes del hijo. 5º *Se concluye la sustitucion, si el hijo viviendo el padre es emancipado, ó despues de la muerte de aquel es arrogado;* pues así como en el primer caso espira la patria potestad, así en el segundo ya no es *sui juris*, y por tanto no puede tener otro sucesor y heredero que su padre.

§. DLXII. Estas conclusiones nacen del primer axioma. Sigue el otro, á saber, que la causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad, §. 559. 2. De este axioma pues inferimos, 6º *que no puede sustituir al hijo, sino hasta que llegue á la pubertad,* aunque sí por mas breve tiempo. En la *L. 21. ff. h. t.* se halla este ejemplo de sustitucion : si mi hijo muere ántes de diez años, sea heredero Seyo. La razon es, porque llegando á la pubertad, el mismo hijo puede hacer testamento, y no es necesario que su padre lo haga por él. Y ¿qué sucede, si el padre no obstante sustituye al hijo aún para despues de la pubertad? Es entónces de ningun valor esta sustitucion? Entónces vale como fideicomiso, y por tanto es igual á si el padre encargase al hijo que deje la herencia á Seyo, *L. 2. C. De legat. 7º* *La sustitucion da fin, luego que el hijo llega á la pubertad;* pues nada hai tan natural, como el que cesando la causa, cese tambien el efecto.

(1) Así lo dispone tambien la *L. 6. tit. 5. Part. 6.*, donde dice : « É aún puede esto facer, magüer desheredase de lo suyo por alguna derecha razon. »

§. DLXIII. Resta el tercer axioma : la sustitucion pupilar es un doble testamento, §. 560. 3. De él colegimos, 8º *que no puede el padre sustituir al hijo, ó testar por él, si él mismo no ha hecho ántes su testamento, L. 2. §. 4. ff. h. t.* porque ¿cómo podría entenderse sustitucion, sin preceder institucion? 9º *El sustituto percibe todos los bienes del impúber, ya sean paternos ó maternos;* pues ya advertimos ántes, que la sustitucion se estiende á todos los bienes del hijo. Por tanto, si todavia vive la madre, no recibe ni aún la legítima, ni puede entablar la queja de testamento inoficioso, porque no ha sido escluída por el hijo, sino por el padre, el cual no está obligado á dar legítima á la mujer, L. 8. §. 15. ff. *De inoff. test.* La mayor parte de los doctores encuentran algo injusta esta disposicion; lo que ha sido causa de que en los tribunales, no obstante el Derecho romano, se adjudique en este caso la legítima á la madre. Véase Zoesio, *Comment. ad ff. h. t.* §. 50. 10º *Destruído el testamento del padre, tambien se invalida la sustitucion pupilar;* pues la sustitucion es consecuencia del testamento paterno, y como una cosa accesoria de este; y lo accesorio sigue á su principal.

§. DLXIV, DLXV y DLXVI. En el Digesto solamente se conocieron estas dos especies de sustitucion vulgar y pupilar; mas despues se añadió otra nueva inventada por Justiniano en la L. 9. C. *De impuber. et aliis subst.*; por lo cual se llama *justiniana*, y tambien *ejemplar* y *cuasi pupilar*. Se diferencia esta de la pupilar en lo siguiente : 1º *la pupilar se hace con los impúberes;* la *cuasi pupilar con los furiosos, mentecatos, pródigos y sordomudos,* aunque sean púberes : 2º *la pupilar se hace solo por el padre,* esta por todos los ascendientes : 3º *pupilarmente se sustituye tambien á las desheredados;* cuasi pupilarmente solo á los instituidos herederos : 4º *pupilarmente podemos nombrar sustituto á cualquiera,* aunque sea extraño; cuasi

pupilarmente, en primer lugar á los hijos de los furiosos, ó en su defecto á los hermanos, y si no los hai, á cualquiera : 5º *la sustitucion pupilar espira por entrar en la pubertad;* la cuasi pupilar cesando el furor ó el vicio del cuerpo.

§. DLXVII. Últimamente vienela sustitucion *militar,* á la que tambien llaman los doctores *privilegiada,* pues segun manifestámos arriba en el §. 502, los militares estaban dispensados de todas las solemnidades internas y esternas para hacer testamento, y por consiguiente podian sustituir á su antojo. De suerte que podian dar sustitutos á sus hijos, aún para despues de pasada la pubertad; darlo tambien á los extraños, para el caso en que acepten la herencia; cosas que de ningun modo eran permitidas á los paisanos, segun ántes hemos dicho.

TÍTULO XVII.

DE QUÉ MODOS SE INVALIDAN LOS TESTAMENTOS.

§. DLXVIII. Despues de sentada una doctrina, siempre sigue Justiniano en las Instituciones el buen orden de presentar luego la que le es opuesta. Por tanto, habiéndose tratado hasta aquí de los modos de hacer testamento, corresponde ahora ver cómo se invalida. Sobre este punto tienen los juriconsultos el mayor cuidado en distinguir los vocablos, pues unos testamentos se dicen *nulos,* otros *injustos,* otros *rotos,* otros *irritos,* otros *destituidos,* y otros por último *rescindidos;* los cuales no deben confundirse entre sí, segun se verá por lo que diremos de cada uno de ellos.

× §. DLXIX. En primer lugar unos testamentos son en sí mismos *nulos;* lo cual sucede por dos causas : 1ª *si ha*

faltado algo en la institucion de heredero; por ejemplo, si no se ha instituido heredero, ó se han omitido los hijos, etc. 2º Si el que hace testamento es *incapaz*, y no puede hacerlo por las leyes; por ejemplo, si es impúber ó hijo de familias, *L. 1. ff. h. t.* Luego toda nulidad proviene ó de la persona del testador, ó de vicio acerca de la solemnidad interna, esto es, de la institucion de heredero (1).

§. DLXX y DLXXI. Se llama *injusto* el testamento que no se ha hecho legalmente, esto es, en que se han omitido las solemnidades internas, ó como se llaman en la *L. 1. ff. h. t.*, las solemnidades del Derecho; v. gr. si no se han reunido sino cuatro testigos, ó no se ha hecho el testamento en un solo acto, ó se ha omitido otra cosa semejante. Estos testamentos son nulos é injustos, y de tal modo se invalidan, que no solamente no tiene efecto la institucion de heredero, sino que tambien se tienen por no puestos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, donaciones por causa de muerte, y es lo mismo que si el testador hubiese muerto intestado. Sin embargo á veces sucede que los testamentos injustos se sostienen por la cláusula codicilar: *si mi testamento no vale como testamento, valga como codicilo, ó de cualquier otro modo que pueda valer*; pues por esta fórmula se hace del testamento un codicilo, y de la institucion de heredero un fideicomiso, con tal que hayan suscrito cinco testigos. Sobre esto hablaremos mas á la larga en el §. 686 y sigg.

§. DLXXII, DLXXIII y DLXXIV. En tercer lugar se rompe á veces el testamento; lo que se hace de dos mo-

(1) Por las leyes de España; aunque no haya institucion de heredero, ó el que se exija, sea incapaz de serlo, no por eso es nulo el testamento en todas sus partes; valen las mandas, legados y donaciones, *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*

dos: 1º por el nacimiento del póstumo (1), y 2º por un testamento perfecto posterior. *El nacimiento del póstumo* es de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. *Natural*, cuando despues de hecho el testamento nace un hijo ó hija al testador, bien viva este ó haya muerto, pues si no se ha hecho mencion de él en el testamento, con su nacimiento se rompe al punto aquel. El *civil*, cuando el testador arroga ó legitima á alguno despues de hecho el testamento, pues tambien los que entran en la potestad del testador y son preteridos en el testamento, al momento lo rompen. Por el *testamento posterior* se rompe igualmente el primero, con tal que aquel sea perfecto en todo. Lo cual es tan verdadero, que aunque el primero tuviese la cláusula derogatoria: *si despues hiciere otro testamento quiero que no tenga fuerza y que valga este siempre*, no obstante se rompe el primero por el último, *L. 27. C. De test.*, sin que deje de observarse esta regla, aunque en el primer testamento jurase el testador que nunca lo mudará. Por mas que cometa perjurio, sin embargo no subsiste el primer testamento, si se hace otro posterior, porque es general la regla de que, *ninguno puede imponerse á sí mismo una lei, de que no pueda apartarse. L. 22. ff. De legat. 3;* ó como de otro modo dicen los juriconsultos, la voluntad del hom-

(1) El testamento válido en un principio, y que se rompe por el nacimiento del póstumo, ó por adoptar el testador bajo las fórmulas legales á cualquiera, solo se rompe en cuanto á la institucion de heredero; pero vale en cuanto á las mandas, legados y donaciones que no esceden el quinto, que es de lo que pueden disponer los padres, segun las leyes de España, sin perjuicio de sus hijos; y aunque segun el Derecho romano tambien se rompía el testamento cuando, despues de la muerte del padre que ya tenia hijos, nacia otro, no sucede esto segun el de España, pues es firme el testamento, entrando el póstumo á heredar con los demas, por manera que uno que sabiendo tenia hijos, no los dejase por herederos, valdria el testamento en cuanto á las mandas, legados, etc.: tanto huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin una urgente necesidad.

bre es mudable hasta la muerte, *L. 4. ff. De adim. vel transfer. legatis*. La razon es, porque la testamentacion es un acto unilateral, el cual, no produciendo derecho á favor de nadie, nada impide tampoco el que se mude, al contrario de lo que sucede en los contratos. Pero se pregunta, si el testador no hizo nuevo testamento, sino que solamente declaró á presencia de algunos que queria que no valiese el primero, ¿ se rompe entónces el testamento? Se responde que esta declaracion sola no rompe el primer testamento, á no ser que estén presentes tres testigos, y pasen diez años desde esta revocacion, *L. 27. C. De test.*; pues no siendo nada tan natural, como que una cosa se desate del mismo modo que se unió, *L. 35. De. R. J.*, era inconsigniente revocar sin solemnidades un testamento solemné. Otra cosa se diria si el testador cortase, rompiese, borrarse ó arrancase los signos del testamento que hubiese hecho, pues entónces sin ninguna solemnidad se invalida, y en un sentido muy propio se rompe. Por lo demas en todos estos casos se destruye todo el testamento y todos sus capitulos. No obstante en tres casos puede sostenerse aquel: 1º si el testador declarase en el último testamento querer que valiese tambien el primero. Entónces vale el primero como fideicomiso, equivaliendo á encargar al heredero instituido en el último testamento, que restituya la herencia á los herederos nombrados en el primero, §. 3. *Inst. h. t. (1)*. Si el póstumo que rompió el testa-

(1) Hai otro caso en que el testamento posterior no rompe el primero, y es cuando no ha muerto el que habia sido instituido heredero en el primer testamento, pues habiendo su muerte motivado que el testador hiciese segundo testamento, debe ser heredero el designado por tal en el primero, y del segundo solo valdrán las mandas, legados etc., *L. 21. tit. 4. Part. 6*. Tampoco se deroga segun la *L. 22. tit. 1. Part. 6.*, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias, generales ó especiales, y en el que hace despues, no se mencionan; á no

mento, muere viviendo el testador; pues en tal caso, removido el impedimento, da el pretor la posesion de los bienes segun el testamento, *L. 12. ff. h. t. 3º*. Si el testador hace pedazos el segundo testamento y deja el primero. Pues aunque en tal caso esté *ipso jure* roto el testamento, sin embargo, el pretor tambien da la posesion de los bienes segun el testamento, *L. 11. §. 2. ff. De bonor. poss. sec. tab.*

§. DLXXV y DLXXVI. En cuarto lugar, se llama *irrito* el testamento, cuando se muda el estado del testador, esto es, cuando sufre la *capitis-diminucion* máxima, média ó mínima, §. 4. *Inst. h. t. (1)*; pues en todos estos casos vuelve el negocio á un estado, de donde no puede empezar. Porque por la *capitis-diminucion* máxima se hace el testador siervo, por la média extranjero, y por la mínima hijo de familia; y ni el siervo, ni el extranjero, ni el hijo de familias pueden hacer testamento. Sin embargo, aunque el testamento irrito se destruye manifies-

ser que por conjeturas é inducciones se venga en conocimiento de la voluntad del testador, aunque en el segundo no haya las cláusulas derogatorias, segun Gregorio López á la *L. 22. del referido titulo*, y Gómez comentando la tercera lei de Toro. Aunque el segundo testamento no contenga institucion de heredero, como que esta no es esencial en nuestro Derecho, anulará tambien el primero conteniendo las cláusulas derogatorias, segun el sentir de Covarrúbias. Y Gregorio López, discuriendo sobre la lei 24, dice, que si el testador rompiese ó rasgase el primer testamento por sus propias manos, quedando integro el protocolo del escribano, no valdria el segundo testamento.

(1) En España segun la *L. 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, pueden los hijos testar: de donde resulta que la mínima *capitis-diminucion* no hace irrito el testamento; ni la média ni la máxima, por quanto los espatriados pueden disponer de sus bienes, á no ser que se les hayan confiscado, lo mismo que los condenados á muerte, en la parte que les quede, cubiertos los gastos, multas, etc. *L. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Pueden testar tambien los extranjeros, *L. 2. tit. 30. lib. 4. de la Nov. Recop.*

tamente, no obstante admite el pretor á los instituidos herederos, con tal que el testador sea hábil segunda vez al tiempo de su muerte. Supongamos que Ciceron ántes del destierro hubiese hecho testamento; este se hacia sin duda alguna irrito por el destierro. No obstante, siendo poco despues restituido *in integram*, y muriendo como ciudadano romano, el pretor podia en virtud de su testamento irrito dar la posesion de los bienes segun el testamento, §. 6. *Inst. h. t.*

§. DLXXVII. En quinto lugar, ciertos testamentos se llaman *destituidos*, siempre que el heredero instituido ó no quiere, ó no puede aceptar la herencia (1), y por tanto no existe ningun heredero por testamento. Entónces es claro, que el asunto viene á parar al caso de intestado, y por tanto que se destruye todo el testamento, §. 6. *Inst. de hered. qui ab intest.* Lo primero, á saber, cuando repudiaba el heredero el testamento, sucedia muchas veces por temor de las deudas; mas hoy dia acontece rara vez despues que se estableció el *beneficio de inventario*, pues al presente nadie está obligado mas que hasta donde alcanza la herencia, con tal que haga inventario, del cual hablaremos despues en el §. 599.

§. DLXXVIII. Últimamente en sexto lugar, se dice que algunos testamentos se rescinden; lo cual se hace por la *queja de inoficioso testamento*, de la que trataremos espresado en el titulo siguiente.

(1) Substirá el testamento aunque el instituido heredero renuncie la herencia, ó no quiera aceptarla, por no ser necesaria esta circunstancia en España para que valgan las mandas, legados, fideicomisos, sucediendo en lo demas de la herencia aquel que hubiera de serlo, si el testador muriese intestado.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

§. DLXXIX. Habiendo dicho que el testamento se rescinde por la *queja de inoficioso testamento*, se tratará ahora de ella con alguna detencion. Al momento ocurre una interesante cuestion acerca del origen de dicha queja; sobre lo cual no están de acuerdo varios ilustres autores. Francisco Duareno, *Prælect.* á este lugar, *cap.* 2, juzga que se deriva de las constituciones de los principes. Pero claramente se engaña, no solo por hacer Ciceron varias veces mencion de esta queja en tiempo de la república libre, sino tambien por referir Valer. Max. *l. 7. c. 7. §. 5.* que esta accion fué establecida el año 682 de la fundacion de Roma, por el pretor Calpurnio. Ni se equivoca ménos Pedro Piteo en sus notas *ad Collationem leg. mosaic. et romanar. tit. 40. §. 3.* pues cree que fué introducida esta queja por el pretor. Lo contradice la *L. 6. pr. ff. De honor. posses. contr. tab.*, donde espresamente se dice, que el pretor no auxiliaba á los *desheredados*. Es singular la conjetura de Jacobo Cujacio, que opina que esta queja fué introducida por la lei glicia. Mas tambien la hemos destruido en nuestras *Ant. rom. h. t. §. 5.* estando bien averiguado que los autores de esta queja fueron los juriscóntulos, quienes viendo que muchas veces desheredaban los padres á sus hijos sin justa causa, y sabiendo que los furiosos y mentecatos no podian hacer testamento, fingieron que semejante testador no estaba en su sano juicio, probándolo con el hecho de que desheredaba ú omitia á los hijos que no merecian semejante castigo. Por eso leemos en las *Inst. h. t.*, que esta queja se funda en la

causal, de no estar en su sano juicio, cuando hizo el testamento, Bynkersh. *Observ. lib. II. c. 12.*

§. DLXXX. Aquella accion pues por la cual los hijos injustamente desheredados rescindian el testamento de los padres, tiene el nombre particular de *queja de inoficioso testamento*; de cuya denominacion igualmente se ha de dar razon. Es de saber, que así como se decia que los estraños *entablavan acciones entre sí*, así los parientes solamente *se quejaban*. Por tanto no compitiendo este remedio sino á los parientes contra los testamentos de sus parientes, no se llamaba esto *accion*, sino *queja*, como ya observó Voss. *Inst. orat. l. 1. c. 6. §. 2.* Se dice *inoficioso* de la palabra *oficio*, pues ya observó Séneca, *l. 3. De benef. c. 48.*, que los romanos distinguian con cuidado las voces *oficio*, *beneficio* y *servicio*: el *beneficio* se presta por los estraños, el *servicio* por los que están en nuestra potestad, y últimamente el *oficio* por los parientes. Por tanto de aquí colégian los jurisconsultos, que pertenecia al oficio de los parientes el instituirse herederos recíprocamente al morir: de consiguiente, si alguno no lo hacia, se decia que habia obrado contra el oficio, y que su testamento era por esta causa inoficioso.

§. DLXXXI. Esto supuesto, fácilmente se entenderá la definicion de esta queja, la cual no es otra cosa que una especie de peticion de la herencia, por la que los injustamente desheredados, y á vezes tambien los omitidos, obran contra los herederos instituidos en el testamento, para rescindirlos y ser admitidos á la herencia abintestato. Y se pregunta, quiénes pueden interponer esta queja? Antiguamente se estendia tanto este remedio, que hasta los amigos rescindian los testamentos de los amigos, como lo demuestran los ejemplos que se hallan en Valerio Máximo, *l. 7. c. 7.* Pero hoy día la cosa es muy distinta, y atinadamente aconseja Ulpiano, *L. 1. ff. h. t.*, que los

parientes mas remotos que los hermanos harán mejor en no arruinarse con gastos infructuosos, no teniendo ninguna esperanza de conseguir su intento. Por tanto al presente se observa esta regla: todos aquellos á quienes se debe la porcion legitima, pueden tambien quejarse del testamento inoficioso. Ahora bien, habiendo demostrado arriba en el §. 527, que la porcion legitima se debe á los hijos, padres y hermanos de parte de madre y padre; si se prefiere á estos alguna persona torpe, es consiguiente que solamente ellos puedan entablar la queja de testamento inoficioso.

§. DLXXXII. Sin embargo, no siendo necesaria siempre esta queja, sino que por el contrario bastan á vezes otros remedios, se pregunta, en qué casos hace falta? Aquí observamos, 1º que no es necesario este remedio, cuando son omitidos los hijos, ó desheredados injustamente. Ya dijimos que semejante testamento era nulo *ipso jure*; y lo que es nulo, no puede rescindirse. Por tanto mejor establecen los hijos en este caso la queja de nulidad, por la cual se destruye todo el testamento. 2º Tampoco necesitan de aquella queja los que han sido instituidos herederos en una pequeña parte. Pues (a) de estos no puede decirse que han sido omitidos ni desheredados. (b) Como hemos visto en el §. 543., los que han sido instituidos en una pequeña parte (1), tienen la accion *in factum expleoria*, para completar la legitima, *L. 3. C. h. t.* 3º Luego ahora hai tres casos en que puede interponerse esta queja: (a) si la desheredacion niega que sea verdadera; en cuyo caso corresponde la prueba al heredero instituido. Por ejemplo, el padre deshereda al hijo, porque este le azotó, y el hijo niega haberlo hecho; ciertamente que si entónces

(1) Tampoco hai lugar á esta queja, cuando el testador, aunque tenga herederos forzosos, dispone de la quinta parte en favor de estraños, y de la tercera en favor de cualquier hijo, La razon de esto se halla en la nota á los §§. 545 y 546.

el instituido heredero no puede probar el hecho, se rescinde el testamento como inoficioso. (b) Si los padres son omitidos por los hijos, ó los hijos y nietos por la madre ó abuelo materno, ó si tambien á los hermanos y hermanas es preferida una persona torpe; pues todos estos, no pudiendo usar de ningun otro remedio, rescinden con esta queja el testamento. (c) Si la causa de la desheredacion fuese á la verdad justa, pero no estuviere espresa en el testamento. Por ejemplo, si el padre dijese: desheredo á mi hijo por cierta causa; entónces bien puede el hijo rescindir el testamento por esta queja.

§. DLXXXIII y DLXXXIV. Faltan dos cuestiones: *primera*, cuándo cesa esta queja; *segunda*, qué efecto tiene. En cuanto á lo primero, ha de saberse que esta accion es mui odiosa, porque muchos creían que el hijo faltaba al respeto debido á sus padres, si alegaba que no estaban en su sano juicio. De aquí es que cesaba, 1º siempre que habia á la mano otro remedio. 2º Si el desheredado moria antes de entablar la accion. Pues no competia á los herederos, á no ser que ya estuviere preparada, esto es, presentada en el tribunal. 3º Pasados cinco años (1), pues no duraba más esta accion tan odiosa. 4º Si el desheredado aprueba el testamento del difunto de cualquier modo, ya espresa, ya lácitamente, ó con su nombre, ó con el ajeno, con tal que no lo haga por necesidad. Así, por ejemplo, si el hijo desheredado se presentase en juicio como procurador del legatario y reconociese el legado dejado á su cliente, no podria despues quejarse del testamento como inoficioso. Mas si lo hiciese como tutor á nombre del pupilo, puede con razon entablar esta queja,

(1) Aunque se hayan pasado cinco años sin entablar la accion, no parece esta, siempre que sea menor aquel que debe interponerla, por cuanto contra este no corre el tiempo hasta la mayor edad, en virtud del beneficio de la restitution *in integrum*.

porque aquello lo hacia por necesidad en virtud de su oficio. Por último, respecto del efecto de esta queja, antiguamente se destruía todo el testamento y todos sus capítulos si se rescindia; pero alteró esto Justiniano por la *Nov. CXV. c. 3.*, y estableció que rescindido el testamento, solo se invalidase la institucion de heredero, y quedasen en su vigor todos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, etc. Una escepcion se ha de tener presente, y es si el hermano ó hermana dicen, que el testamento es inoficioso por habérseles preferido persona torpe (1), pues entónces, si triunfan, se destruye todo el testamento por la *Nov. XXII. c. 47.*, donde en nada se mudó el Derecho antiguo acerca de la queja de los hermanos y hermanas.

TÍTULO XIX.

DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

§. DLXXXV y DLXXXVI. Vimos arriba que los testadores tienen amplia facultad de instituir los herederos que quisieren. Sin embargo no todos los herederos son de un mismo género (2): por tanto se pregunta en este

(1) Según el Derecho de España, aunque la queja sea introducida por hermanos del testador, habiéndoles preferido persona torpe, se revoca solo el testamento, en cuanto á la institucion de heredero, pues en lo demas es válido, como mandas, legados, fideicomisos. Así lo dispone la *L. 7. tit. 8. Partida 6.*

(2) Inneccio, sin dar siquiera una idea de lo que es heredero, y dejando de manifestar las clases superiores, pasa de repente á tratar de los necesarios ó forzosos, y de los voluntarios. El heredero es un sucesor universal de los derechos y obligaciones del testador. La primera division que hallamos en nuestras leyes, es en que los unos lo

el instituido heredero no puede probar el hecho, se rescinde el testamento como inoficioso. (b) Si los padres son omitidos por los hijos, ó los hijos y nietos por la madre ó abuelo materno, ó si tambien á los hermanos y hermanas es preferida una persona torpe; pues todos estos, no pudiendo usar de ningun otro remedio, rescinden con esta queja el testamento. (c) Si la causa de la desheredacion fuese á la verdad justa, pero no estuviere espresa en el testamento. Por ejemplo, si el padre dijese: desheredo á mi hijo por cierta causa; entónces bien puede el hijo rescindir el testamento por esta queja.

§. DLXXXIII y DLXXXIV. Faltan dos cuestiones: *primera*, cuándo cesa esta queja; *segunda*, qué efecto tiene. En cuanto á lo primero, ha de saberse que esta accion es mui odiosa, porque muchos creían que el hijo faltaba al respeto debido á sus padres, si alegaba que no estaban en su sano juicio. De aquí es que cesaba, 1º siempre que habia á la mano otro remedio. 2º Si el desheredado moria antes de entablar la accion. Pues no competia á los herederos, á no ser que ya estuviere preparada, esto es, presentada en el tribunal. 3º Pasados cinco años (1), pues no duraba mas esta accion tan odiosa. 4º Si el desheredado aprueba el testamento del difunto de cualquier modo, ya espresa, ya lácitamente, ó con su nombre, ó con el ajeno, con tal que no lo haga por necesidad. Así, por ejemplo, si el hijo desheredado se presentase en juicio como procurador del legatario y reconociese el legado dejado á su cliente, no podria despues quejarse del testamento como inoficioso. Mas si lo hiciese como tutor á nombre del pupilo, puede con razon entablar esta queja,

(1) Aunque se hayan pasado cinco años sin entablar la accion, no parece esta, siempre que sea menor aquel que debe interponerla, por cuanto contra este no corre el tiempo hasta la mayor edad, en virtud del beneficio de la restitution *in integrum*.

porque aquello lo hacia por necesidad en virtud de su oficio. Por último, respecto del efecto de esta queja, antiguamente se destruía todo el testamento y todos sus capítulos si se rescindia; pero alteró esto Justiniano por la *Nov. CXV. c. 3.*, y estableció que rescindido el testamento, solo se invalidase la institucion de heredero, y quedasen en su vigor todos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores, etc. Una escepcion se ha de tener presente, y es si el hermano ó hermana dicen, que el testamento es inoficioso por habérseles preferido persona torpe (1), pues entónces, si triunfan, se destruye todo el testamento por la *Nov. XXII. c. 47.*, donde en nada se mudó el Derecho antiguo acerca de la queja de los hermanos y hermanas.

TÍTULO XIX.

DE LA CUALIDAD Y DIFERENCIA DE LOS HEREDEROS.

§. DLXXXV y DLXXXVI. Vimos arriba que los testadores tienen amplia facultad de instituir los herederos que quisieren. Sin embargo no todos los herederos son de un mismo género (2): por tanto se pregunta en este

(1) Según el Derecho de España, aunque la queja sea introducida por hermanos del testador, habiéndoles preferido persona torpe, se revoca solo el testamento, en cuanto á la institucion de heredero, pues en lo demas es válido, como mandas, legados, fideicomisos. Así lo dispone la *L. 7. tit. 8. Partida 6.*

(2) Inneccio, sin dar siquiera una idea de lo que es heredero, y dejando de manifestar las clases superiores, pasa de repente á tratar de los necesarios ó forzosos, y de los voluntarios. El heredero es un sucesor universal de los derechos y obligaciones del testador. La primera division que hallamos en nuestras leyes, es en que los unos lo

titulo, 1º de cuántas maneras son los herederos; y 2º cómo adquieren ó repudian la herencia. En cuanto á la primera pregunta, los herederos se distinguen en *necesarios*, *suyos y necesarios*, y *voluntarios ó estraños*. *Necesarios* se dicen aquellos que están obligados á ser herederos, quieran ó no quieran; *suyos y necesarios* los que el testador está obligado á instituir herederos ó desheredarlos, y una vez nombrados, tienen que serlo; *voluntarios ó estraños* los que tienen libertad de aceptar ó no la herencia. La razon de esta diferencia se ha de traer de mas atras. Dijimos arriba que el testador está en el lugar de legislador, y que el testamento es á modo de lei. Ahora bien, el legislador puede obligar con su lei á los súbditos, y no á los estraños; por tanto también el testador puede obligar con su testamento á los siervos é hijos constituidos dentro de su potestad, á que sean sus herederos, mas no á los estraños. Y de aquí es, que aquellos son herederos necesarios, ó suyos y necesarios, y estos voluntarios.

§. DLXXXVII. Los siervos propios instituidos (1), con

son por testamento y otros abintestato; aquellos son los que el testador llama, ya parientes ó no, para que le sucedan en sus acciones, derechos etc., y los otros son los mas inmediatos parientes del difunto que murió sin la última disposicion, ó cuando esta fué nula. Estos se subdividen en universales y particulares; los primeros son los que suceden en toda la herencia, y los segundos en una cosa particular, como una casa, una huerta etc. Despues los herederos se dividen en *forzosos*, que son los hijos del testador, dichos así, no porque tengan obligacion de aceptar la herencia, sino solo porque sus padres están obligados á instituirlos herederos, *L. 21. tit. 3. Part. 6*; y en *voluntarios*; lo que se verifica, siempre que el testador instituye heredero á quien le da la gana.

(1) En España solo por el Derecho de las Partidas los siervos son herederos necesarios, cuando el testador los instituye por tales: y se llaman así, porque, una vez nombrados, están obligados á admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios: los hijos nunca pueden entrar en esta clase.

libertad ó sin ella, son herederos *necesarios*. Pues aunque esté nombrado heredero sin libertad, no obstante se presume que se le ha dado esta en la misma institucion, porque el que quiere el efecto tambien parece que quiere la causa, §. 536. Así que, si uno hubiese nombrado heredero á un siervo propio, no estaria en su arbitrio el aceptar ó repudiar la herencia, sino que necesariamente tenia que aceptarla, ó por mejor decir, sin la aceptacion era heredero *ipso jure*. La razon de esta disposicion legal era, que muchas veces los señores, oprimidos de deudas, instituían heredero á un siervo, para que se vendiesen los bienes bajo el nombre de él, y no del señor, y recayese de este modo la ignominia sobre el siervo. Véase el §. 1. *Inst. Qui et ex quibus caus. manum. non pos.*

§. DLXXXVIII. Herederos *suyos y necesarios* son los hijos constituidos á la muerte del testador (1) bajo su potestad, que no han de recaer en la de otro. Se llaman *suyos*, ya porque aún vivo el padre en cierto modo eran dueños de todas las cosas, y por tanto se sucedian á ellos mismos; ya por estar constituidos en la potestad y derecho quirritario de los padres, como observó muy bien el ilustre Anton. Eschultingio *ad Caj. Inst. l. 2. tit. 3. §. 6. p. 106*. Se llaman los mismos *necesarios*, porque estaban obligados, como los siervos, á ser herederos contra su voluntad, §. 7. *Inst. h. t.* Con todo pareciendo duro que los hijos fuesen obligados á ser herederos, dejando muchas veces el padre mas deudas que bienes, el pretor les concedió el

(1) Los póstumos ó los que nacen despues de la muerte de su padre, se tienen por herederos forzosos; pero es preciso que su madre los dé á luz á los diez meses cuando mas de la muerte de su marido, y que viva en su compañía al tiempo de aquella; pues si naciesen un dia despues, se reputan por ilegítimos; pero si naciesen dentro de los siete ó nueve, que es lo comun, entónces serán legítimos, segun está dispuesto por la *L. 4. tit. 23. Part. 4.*

beneficio de abstenerse, para que si quisiesen, pudieran repudiar la herencia. Pero distinguía el pretor entre los hijos púberes é impúberes. Á estos les quedaba salvo este beneficio, ya se mezclasen ó no en la herencia; pero á aquellos solo se concedía este beneficio, cuando no se hubiesen mezclado en ella, §. 2. *Inst. h. t.*

§. DLXXXIX y DXC. Aunque hoy día son los hijos herederos voluntarios, todavía hai respecto de ellos algo de singular; pues 1º los hijos *no aceptan* la herencia como los estraños sino que son herederos *ipso jure*. 2º De los estraños se dice que *obran como herederos*; de los hijos que *se mezclan en la herencia*. 3º Los estraños *repudian* la herencia, los hijos *se abstienen* de ella; cuyas palabras distinguen cuidadosamente nuestros jurisconsultos. 4º Los estraños no transmiten á sus herederos la herencia que aún no han aceptado; mas los hijos, como son herederos *ipso jure*, al punto la transmiten.

§. DXCI y DXCII. Hemos hablado de las dos primeras especies de herederos (1): siguen los *voluntarios*, que son todos los que no están en el dominio ni en la patria potestad del testador. Teniendo pues estos el arbitrio de ser ó no herederos, se pregunta, 1º cómo adquieren la herencia, y 2º cómo la repudian. Á la primera pregunta respondemos, que los estraños adquieren la herencia *ó de palabra, ó con hechos*. Si declaran de palabra que quieren ser herederos, se llama *acceptacion de la herencia*; si de hecho administran las cosas de la herencia, cultivando los campos, dando el dinero á interes, etc., se dice *gestion de heredero*. Pero aquí es menester caminar con tiento, porque si el heredero instituido hace lo que acostumbran

(1) Entre los herederos estraños y voluntarios no se cuentan los hijos emancipados, pues estos, segun lo dispuesto por la *L. 21. tit. 3. Part. 4.*; tanto respecto de sus padres como de las madres y demas parientes, son herederos forzosos.

hacer los herederos, añadiendo la protesta de que no lo hace con ánimo de ser heredero, se le reputará mas bien como *agente de negocios*; *L. 20. pr. ff. De adqu. vel. omitt. hered.* Estos son los dos modos de adquirir la herencia; ahora trataremos de cada uno de ellos esprofeso.

§. DXCIII — DXCVI. *La acceptacion* es un acto legitimo, por el cual el heredero instituido declara su voluntad de tomar la herencia, la cual adquiere por el mismo hecho. De esta definicion nacen tres axiomas: 1º la acceptacion es declaracion de la voluntad: 2º es acto legitimo: 3º la herencia se adquiere por la acceptacion. Del primer axioma se derivan las siguientes conclusiones: 1ª los furiosos, mentecatos y niños no pueden aceptar la herencia, porque ¿cómo han de declarar su voluntad los que no saben lo que se hacen? No obstante, para que no se priven de la herencia abandonándola de este modo, pueden aceptarla por ellos sus padres, tutores y curadores. 2ª Los pupilos que han salido de la infancia, pueden aceptar para sí la herencia, con tal que interponga su autoridad el tutor. La razon por que es necesaria la autoridad del tutor, no obstante que hacen mejor su condicion, ya la dimos en el §. 252, á saber, porque la acceptacion de la herencia era un acto solemne que no podia ejecutarse nunca sin intervenir la autoridad del tutor, *L. 19. ff. De auct. tut.* 3ª Los hijos de familia no pueden aceptar la herencia sin el mandato de sus padres; pues adquiriendo los hijos por Derecho antiguo la herencia para sus padres, nada era mas justo sino que tambien ellos consintieran. Pero esto se mudó por Derecho nuevo, de manera que si el padre sin razon se opone, puede contra su voluntad, aceptarla el hijo, y entónces tiene la herencia como peculio extraordinario (§. 481. 1.), *L. ult. C. De bon. quæ lib.* 4ª La acceptacion debe hacerse sin fuerza ni coaccion, puesto que es una declaracion de la

voluntad, la cual debe ser espontánea, y no arrancada por fuerza ó miedo, pues nada hai mas contrario al consentimiento, *L. 116. pr. ff. De R. J. 5ª*. Se ha de aceptar toda la herencia, y no parte de ella (1); pues de otro modo sucedería que moriría uno parte testado y parte intestado; lo que hemos advertido varias veces que no puede ser. 6ª Adquirimos ciertamente la herencia aceptada en cuanto al dominio, y no respecto de la posesion, por ser esta de tal naturaleza, que no se adquiere solamente con el ánimo, sino con ánimo y cuerpo juntamente. Luego tampoco basta que declare el heredero que quiere serlo, sino que ademas debe tomar posesion de los bienes hereditarios con algun acto corporal, *L. 23. pr. ff. De alqu. vel. omitt. hered.* Estas conclusiones provienen del primer axioma. Sigue el *segundo*: la aceptacion de la herencia es un acto legítimo, *L. 77. ff. De R. J.* De lo cual se deduce, 7ª que la aceptacion de la herencia no puede hacerse por procurador, ni condicionalmente, ni desde cierto dia, ni hasta tal dia; pues como manifestamos en el §. 70, los actos legitimos no admiten ninguna de estas cosas. Sigue el *tercer axioma*: la herencia se adquiere por aceptacion. De él se infiere, 8ª que ántes de aceptarse la herencia, no se trasmite á los herederos; porque no pasa al heredero sino lo que tuvo el difunto: ántes de la aceptacion aún no tenia el heredero la herencia, sino la esperanza; y la esperanza, si bien se trasmite á los herederos en los contratos, no es lo mismo en las últimas voluntades, §. 549. 6. Pero hai que observar una escepcion respecto de los hijos suyos, los cuales, por

(1) Para aceptar la herencia, es necesario no estar incapaz para ello, ya al tiempo de otorgarse el testamento, ya en el de la muerte del testador, y ya cuando se acepta la herencia. Esto se entiende de los herederos necesarios, pues los forzosos basta que no tengan impedimento legal al tiempo de la muerte del testador. Son palabras esprosas de la *L. 22. tit 3. Part. 6.*

tener el derecho de ser herederos aún sin aceptar, transmiten desde luego la herencia á sus herederos, §. 590. 4. 9ª Aceptada la herencia, sucede el heredero en todos los derechos y obligaciones del difunto, y por tanto está obligado á pagar todas las deudas, aunque no pueda cubrirlas la herencia. De aquí es que si hai muchos coherederos, cada uno paga las deudas á prorata, aunque lo hagan con gran detrimento. Siendo esto mui duro, se inventaron poco despues algunos beneficios, de que se tratará en los §§. siguientes. 10ª La aceptacion de la herencia es al mismo tiempo un cuasi contrato, §. 5. *Inst. De oblig. que quasi ex contract. nasc.* Del que acepta la herencia se presume que se obliga á los legatarios y fideicomisarios, y que quiere prestar y cumplir lo que contiene el testamento; por lo que tambien tienen estos contra el heredero la accion de testamento, para que pague los legados y fideicomisos, §. 986.

§. DXCVII y DXCVIII. Siendo tan dura la condicion del heredero que estaba obligado á pagar todas deudas del difunto, se inventaron, como dijimos, ciertos beneficios de que pudiese usar, á saber, el *derecho de deliberar* y el *beneficio de inventario*. *Derecho de deliberar* es el tiempo concedido por lei al heredero, para que indague si la herencia tiene mas bienes que deudas, y al mismo tiempo pueda determinar, si le conviene aceptar ó repudiar la herencia. Este término no es siempre de una misma duracion, pues ó lo acreedores instan por el pago, ó no hai quien estreche. En el último caso tiene el heredero treinta años para deliberar, porque otro tanto tiempo dura la peticion de la herencia. En el primer caso, ó se concede el espacio de deliberar por el príncipe, ó por el magistrado. Si por el príncipe, es de un año (1); si por el magis-

(1) Lo mismo sucede en España, y aún se puede acortar el tiempo á cien dias, si se conoce que en ménos se puede deliberar.

trado, de nueve meses, *L. ult. §. 13. C. De jur. delib.* En el dia no es frecuente el uso de este beneficio, porque hai otro mucho mas ventajoso, por el cual se ha establecido que pueda cualquiera sin ningun peligro aceptar desde luego la herencia.

§. DXCIX. Es este el beneficio de inventario, escogitado por nuestro Justiniano, *L. ult. C. De jur. delib.* Aquí hemos de examinar el modo de hacer este inventario (1), y cuál sea su efecto. El modo de hacer el inventario (ó el repertorio, como se llama en el Derecho) está prescrito por Justiniano, que dispone, 1º que se empiece dentro de treinta dias desde el de la noticia, estando admitido en todas partes que al momento de morir el testador se selle todo por la autoridad pública, para que no pueda defraudarse nada en tanto que no se haga el inventario. 2º Que se termine dentro de sesenta dias, ó si la herencia es muy cuantiosa, dentro de un año, para que los acreedores

(1) El inventario se divide en solemne y simple. Este se formaliza haciendo una descripción de los bienes, sin necesitarse de juez ni de su auto, aunque sí de escribano. El solemne, además de los requisitos que señala Heineccio, requiere, según nuestras leyes, otras circunstancias, y son, 1ª si no la presencia del juez, al menos su auto que lo encabeze todo, y hasta su presencia es necesaria en los tres casos que trae el febrero en su *lib. 1. cap. De inventarios.* 2º Que se concluya dentro de tres meses, siempre que los bienes estén todos en el lugar en donde ha muerto el testador; si no, se puede conceder un año á mas de los tres meses, según la *L. 400. tit. 18. Part. 6.* 3ª Que el inventariante asegure que lo ha hecho fiel y legalmente, cuya cláusula suele ir acompañada de juramento, aunque no lo exigen las leyes. Los jueces deben cuidar, tan presto como saben la muerte del que fenece sin disposición, de sellarlo todo, prescindiendo de consideraciones, que no sirven sino para dar lugar á estraer lo principal en perjuicio de los herederos; sobre lo que hai un sumo abandono en nuestro reino. Se hace desear una disposición capaz de atajar los males inmensos que de aquí se siguen. — Es de advertir que según la *L. 7. tit. 6. Part. 6.* no se puede mover pleito al heredero por los acreedores, mientras se hace el inventario.

no tengan que esperar mas tiempo. 3º Que intervengan escribanos ó notarios que formen una nota de todos los bienes de la herencia. 4º Que sean citados todos los interesados, cuales son los legatarios y coherederos ausentes. 5º Que si no pueden estar presentes, concurren á lo ménos tres testigos fidedignos. 6º Que concluido el inventario, espresé el heredero la suma, y lo firme, ó si no sabe, que lo mande hacer al escribano. Observados estos requisitos, son varios los efectos del inventario, como, 1º que el heredero no está obligado á pagar las deudas mas de lo que alcance la herencia: 2º que se impide la confusion de bienes; y por tanto, 3º tambien puede el heredero pagarse á sí mismo, si le debia algo el difunto: 4º que si no hai dinero en la herencia, pueda el heredero pagar á los acreedores con prados, casas y muebles, aunque ellos no quieran; todo lo que no pueden hacer los que no hayan formado inventario.

§. DC. Hasta aquí de la aceptación de la herencia. Mas pudiendo el nombrado tambien repudiarla á su antojo, se hablará igualmente de la repudiacion. Se hace asimismo por palabras ó por hechos: por palabras, si declarase el instituido heredero que no quiere ser heredero; con hechos, si permite que se pase el tiempo de deliberar sin aceptar la herencia, ni obrar como heredero. Debe observarse que no hai aquí lugar al arrepentimiento; por lo cual el que una vez acepta la herencia, no puede despues repudiarla, á no ser menor, á quien, cuando se le ha perjudicado, concede el pretor el remedio de la restitution *in integrum*, *L. 7. §. 10 ff. De minoribus.* Ni el que una vez repudió la herencia, puede en seguida aceptarla, porque repudiada, al instante adquieren los herederos abintestato un derecho, que no se les puede quitar contra su voluntad.

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS.

§. DCI y DCH. Justiniano se aparta aquí por un momento del orden que se había propuesto, pues siendo los modos de adquirir, de que se está tratando, ó *universales* ó *singulares*, y habiéndose empezado á hablar ya de los universales, esto es, de la *herencia*, pedía ahora el orden que se esplicasen los demas modos universales de adquirir. Pero reservando estos para el principio del libro tercero, mezcla aquí la doctrina de los *legados*, sin embargo de ser un modo singular de adquirir. Nos acomodaremos pues al orden del emperador. Ante todas cosas se pregunta, qué es *legado*? Modestino en la *L. 36. ff. De legat. 2.*, lo define diciendo, que es una donacion hecha en el testamento; y Justiniano, *pr. Inst. h. t.*, dice, que es cierta donacion dejada por el difunto, y que debe cumplir el heredero. Mas ni una ni otra definicion se ha de seguir, pues 1º la donacion es un pacto que no puede subsistir sin el consentimiento de uno y otro; y el legado es una liberalidad unilateral que se hace aún ignorándolo el legatario. 2º Es falso que tenga siempre el heredero que cumplir el legado, pues puede tambien imponerse á un legatario la obligacion de que preste algun legado. Siendo por tanto falsas una y otra definicion, se describirá mejor el legado, *L. 416. ff. De legat. (1)*, diciendo, que es una

(1) Ni Modestino, ni Justiniano, ni el mismo Heineccio dan una definicion exacta del legado. La *L. 6. tit. 6. y sig. tit. 9. Part. 6.*, lo definen diciendo, que es una donacion que el testador hace en su testamento, ó en otra disposicion testamentaria, á alguno por amor de Dios ó por su alma, ó por hacer bien á quien se le deja.

porcion de la herencia que el testador quiere con palabras directas que se dé á alguno, la cual en otro caso seria del heredero. Si alguno pregunta, en qué se diferencian el legado y fideicomiso; no es difícil la respuesta en virtud de esta definicion. 1º Los fideicomisos se dejaban con palabras de súplica, y los legados con palabras directas, esto es, imperativas. De donde tambien toma nombre el legado, porque ciertamente *legar* es disponer á modo de lei, mandar, ordenar, como observó Ulpiano, *Fragm. tit. 24. §. 1.* Existe un ejemplo en Plauto, *Casin. act. 1. sc. 1. v. 12*, donde se lee:

*Quin potius, quod legatum est tibi negotium,
Id curas.*

Tambien se llamaban *legados* los que se enviaban á los extranjeros con alguna mision; y *relegados*, los que por la lei de la ciudad eran mandados salir de ella, ó de la provincia. Por lo que del mismo vocablo se deduce, que los legados se deben dejar con palabras imperativas. 2º Antiguamente se diferenciaban ademas los legados y fideicomisos, en que estos se podian dejar aún en los codicilos no confirmados por testamento, y aquellos solamente en los confirmados por testamento. Aparece no solo de Ulpiano, *Fragm. tit. 25. §. 5, 8*, sino tambien del memorable pasaje de Plinio, *lib. 11. Ep. 16*, donde dice elegantemente, que aún los mas ignorantes saben que los codicilos no confirmados por testamento se tienen por no escritos. 3º Los fideicomisos se podian dejar tambien en griego; los legados solamente en latin, que era la verdadera lengua del legislador, *Ulp. tit. 25. §. 8, 9*. 4º Los legados se interpretaban estrictamente; los fideicomisos con mas amplitud. Tales eran las diferencias que habia antiguamente entre los legados y fideicomisos; pero Justiniano las quitó del todo, é igualó entre sí los legados y fideicomisos, como notaremos muy en breve.

§. DCIII y DCIV. Hemos visto qué son legados, ahora se pregunta, de cuántas maneras son? — Antiguamente los legados eran de cuatro géneros (1), segun la division que nos conservaron Teófilo, *Paraphr. h. t. Inst.*, Ulpiano, *Fragm. tit. 25*, y Cayo, *Inst. lib. II. tit. 5*. Á saber, unos legados se dejaban por *vindicacion*, con las palabras: *doi, lego, toma, recibe, ten*. Con estas fórmulas solo se podian legar las cosas que estaban en el dominio del testador; y era el efecto de este legado, que muerto el testador, se hacia el legatario dueño de la cosa, y podia vindicarla como suya. Otros se legaban por *condonacion*, con las palabras: *mi heredero, estás obligado á dar, da, haz, mando que des*. Con estas fórmulas podian legarse tanto las cosas propias como las ajenas. Por lo qual no se hacia al instante dueño al legatario, sino que pedía el legado por la accion personal en virtud del testamento. Otros se legaban por *modo de permiso*, con las palabras: *mi heredero, permite que el legatario N. tome etc*. Con esta fórmula se podian dejar las cosas del testador y del heredero; y el efecto era, que el legatario pudiese obligar por accion personal al heredero á que le dejase tomar la cosa. Últimamente algunos legados se dejaban *á manera de mandato*, con las palabras: *mi heredero, mando que no dejes de hacer tal cosa*. Este suele llamarse *prelegado*, y no puede dejarse mas que á uno de los herederos; por lo que el efecto de

(1) Los legados se dividen en *forzosos* y *voluntarios*. Los primeros son aquellos que por disposicion del Derecho se deben dejar á ciertos y determinados lugares para objetos piadosos: los segundos penden de la liberalidad y voluntad del testador. De la primera clase son treinta y seis maravedis que se deben dejar para la conservacion de los santos lugares. Si las disposiciones testamentarias se otorgan en Madrid y ocho leguas en contorno, han de dejarse cuarenta y ocho maravedis para la curacion de pobres enfermos de los reales hospitales, y doce reales vellon para las mujeres viudas de los que han muerto en la guerra de la independencia.

este legado es, que ántes que los herederos partan la herencia, pueda el coheredero tomar anticipadamente este prelegado de la masa comun. Cualquiera ve que antiguamente eran de grande consideracion las diferencias de estos cuatro legados; y no obstante no se hace mencion de ellos en las Pandectas, porque, como ya observó Salmasio, borró Triboniano estos vocablos en todas partes. Veremos la razon en el párrafo siguiente.

§. DCV. Advirtiendo Justiniano que tantas diferencias hacian algo dificultosa la jurisprudencia, con acuerdo mui prudente mudó dos cosas del Derecho antiguo. 4º Estableciendo que en adelante no hubiese entre los fideicomisos y legados mas diferencia que la fórmula de las palabras, siendo por lo demas de igual naturaleza é indole. 2º Ordenando que no hubiese aquellas diferencias entre los legados, sino que con cualquiera fórmula que se dejasen, todos tuviesen un mismo efecto. Así es que cesan hoy dia las diferencias entre legados y fideicomisos, que hemos referido en el §. 602.; cesa la diferencia de los legados esplicada en el §. 603.; y por tanto solo se conoce en el foro un género de legados.

§. DCVI. Pasamos, segun nuestra costumbre, á los axiomas, los cuales se derivan de lo dicho hasta aquí. El 1º es que todos los legados y fideicomisos son del mismo efecto, cualquiera que sea la fórmula con que se hayan dejado, §. 2. *Inst. h. t.* Este axioma nace de que, segun se ha dicho en el párrafo anterior, Justiniano quitó todas las diferencias que habia entre los legados y fideicomisos. 2º Todos los legados y fideicomisos se han igualado de manera, que lo que falta á los fideicomisos, puede suplirse por la naturaleza de los legados, y viceversa. Así, por ejemplo, dijimos arriba, que antiguamente solo se podian dejar los legados en latin (1), y los fideicomisos tambien

(1) Superfluo seria advertir que los legados en España no se pueden

en griego. Pero estando en el día uniformados en un todo los legados y fideicomisos, también los legados se pueden dejar en griego y en cualquiera otra lengua. 3º El dominio de la cosa legada en especie, aunque no se entregue, pasa al legatario sin ninguna tradicion, al momento que muere el testador. Arriba hemos visto que no sucede lo mismo en la herencia, pues el dominio de ella no pasa al heredero hasta despues de la adición. Mas no es oscura la razon de la diferencia. Porque la herencia en cierto modo es peligrosa por las deudas, y por tanto no se miraria por el bien del heredero, si al punto adquiriese este la herencia. Pero el legatario no paga ninguna deuda, y de consiguiente le es útil hacerse al instante dueño del legado. 4º También se dejan los legados sin solemnidad en los codicilos; en lo que se diferencian de la herencia, que no se deja sino solemnemente. Puede alguno objetar que no valen los legados, si no concurren cinco testigos, *L. ult. C. De jur. codic.* (2) Mas se responde, que aquellos testigos no intervienen por solemnidad, sino por via de prueba, y para evitar falsedades. Por tanto bastan tambien testigos que no sean rogados, y aún las mujeres, las cuales no pueden serlo en los testamentos; á pesar de que con razones bien débiles defienda la contraria opinion Bernh. Henr. Reinoldo, *Var. c. 5. n. 33.*

§. DCVII. Ahora se pregunta, quién puede legar? Lo manifiesta la misma definición, pues decimos que el le-

dejar en otro idioma mas que en el castellano; y que las leyes son severas en encargar á los escribanos la claridad al tiempo de estender estas cláusulas en los testamentos.

(2) Para que los legados sean válidos se requiere el número de testigos y demas solemnidades que exigen por Derecho las disposiciones testamentarias en que se dejan; pero aunque estas caduquen por el defecto de número competente, los legados piadosos y mandas forzosas subsisten, segun disposiciones de nuestras leyes, que dejamos esplicadas.

gado es una porcion de la herencia, §. 602. Por tanto cualquiera que pueda instituir heredero ó hacer testamento, puede dejar legados. Por lo que se debe repetir aquí todo el *título 12. lib. 2. De his, quibus non est perm. test. fac.* Así, por ejemplo, vemos en aquel título que el impúber ó hijo de familia no puede hacer testamento: luego es evidente que tampoco pueden dejar legados. Al contrario, sabiendo que los hijos de familia pueden testar del peculio castrense y cuasi castrense, nadie duda que tambien acerca de ellos pueden dejar legados.

§. DCVIII. No es mas difícil responder á la cuestion, á quiénes se pueden dejar fideicomisos y legados? — 1º Á todos los que pueden ser instituidos herederos, de que tratamos arriba, *L. 2. tit. 44. §. 535. y sig.* Por tanto, atendiendo á que, segun vimos, los colegios ilícitos no pueden ser instituidos herederos, es consiguiente que tampoco pueden recibir legados. Se exceptúa el legado de alimentos, que es tan favorable, que se puede dejar aún á los incapazes, *L. 11. ff. De alim. et cib. leg.* Como 2º vimos arriba, que podian ser instituidos herederos las personas inciertas, pobres, ciudades, colegios aprobados, el póstumo ajeno, tambien se les pueden dejar legados. Al contrario inútilmente se lega al siervo del heredero, pues siendo cuanto adquiere el siervo, para su señor, si se mandase al heredero que pagase un legado al siervo, seria igual á decir que se lo pagase á sí mismo; lo que en verdad seria mui absurdo, *L. 116. De legat. 1.*

§. DCIX. Ahora se pregunta, por medio de quién se puede legar? — Esta frase se ha de entender bien ántes de todo, pues legar por medio de alguno significa imponer á uno la carga de que pague un legado. Por tanto, así como esta significacion es verdaderamente jurídica, así el sentido de la pregunta es, ¿ á quién puede imponer el testador la obligacion de que preste un legado? Se responde,

que antiguamente solo se podia legar por medio de los herederos, y dar fideicomisos por medio de todos los que perciben algo del testamento. Pero despues que los legados y fideicomisos se han igualado en un todo, se ha de observar la regla de que á todos los que perciben algo del testamento, se les puede mandar que paguen legados y fideicomisos, con tal que no sean gravados mas que en lo que han sido favorecidos. De aquí es que en el dia no hai duda que pueden dejarse legados por medio del heredero, legatario, fideicomisario y donatario por causa de muerte. Así, por ejemplo, puede decir el testador: lego á Seyo el fundo corneliano, y á Sempronio dos mil que le pagará Seyo. Mas si á Seyo se le hubiesen dejado tres mil con el gravamen de dar cuatro mil á Sempronio, seria absurdo este legado, porque se le habia gravado mas que se le habia favorecido. De lo mismo se colige que á ninguno se le puede legar cosa propia, ó lo que es lo mismo, á nadie se puede legar por medio de él mismo, porque ¿ qué liberalidad seria legarme lo que es mio? No obstante, si el testador me legase mi casa con la condicion de si dejase de ser mia, seria válido este legado, porque en el caso de dejar de pertenecerme, está obligado el heredero á comprarla para mí, ó pagarme su valor. *L. 1. §. ult. ff. De reg. eationian.*

§. DCX y DCXI. La principal cuestion es, qué cosas pueden ser legadas? Se responde, 1º pueden ser legadas todas las cosas que están en la naturaleza, ó que al menos pueden existir. Así, por ejemplo, si uno lega á Pedro la vendimia del año próximo, esta vendimia á la verdad no existe en la naturaleza de las cosas; y no obstante, porque puede existir, y hai esperanza de que existirá, vale este legado. 2º Dividiéndose tambien las cosas en corporales é incorporales, de unas y otras se puede dejar últimamente el legado. Así nadie duda que pueden legarse el

usufructo, las servidumbres, el derecho de cazar, el crédito, no obstante que todas estas cosas son incorporales. 3º Se requiere sin embargo que esté en el comercio la cosa legada; de otro modo ni puede darse ni recibirse. De aquí es que seria disonante el legado de un templo, del mar, de un puerto ó cosas semejantes, porque todas ellas están esentas del comercio de los particulares, *L. 49. §. 2, 3. ff. De legat. 2.* Aquí nace una curiosa cuestion: si se han legado los frutos venideros de cierto fundo, y no nace nada en él, ¿ se prestará sin embargo de otra parte el legado? Se ha de distinguir, si se han espresado los frutos como por indicacion, ó por su valor. Se entiende lo primero, si se hace mencion de los frutos, no en la misma proposicion, sino en separada. Por ejemplo: lego á Pedro cien cántaras de vino, que podrá sacar de la viña corneliana. Se entiende lo último, si se hace mencion del fundo en la misma proposicion, por ejemplo; doi, lego á Juan cien cántaras de vino de la viña corneliana. Ahora bien, en el primer caso se han de dar las cien cántaras de vino, aunque no produzca nada la viña, *L. 43. ff. De tritico, vino, oleo legato.* En el último, si nada ha producido la viña, nada hai que prestar, *L. 5. ff. eod.*

§. DCXII y DCXIII. Siendo las cosas ó propias ó ajenas, se pregunta, si pueden tambien estas dejarse por via de legado (1). El romano pontifice, *cap. ult. X. De testamentis*, juzga injusto é impío semejante legado, porque repugna á los últimos preceptos del Decálogo. Pero en esto mismo manifiesta, que no ha entendido lo que es

(1) La *L. 10. tit. 9. Part. 6.* dispone, que si el testador lega una cosa ajena sabiéndolo y con pleno conocimiento, todavia es válido el testamento, siempre que el legado fuese hecho á su mujer ó á un pariente suyo; porque entónces se presume que en todo caso quiso legarlo.

legado de cosa ajena por Derecho romano; pues cuando este aprueba los legados de cosas ajenas, no quiere que se quiten á otro sus cosas contra su voluntad, sino que solamente impone al heredero la obligacion de que compre de su dueño lo cosa legada y la entregue al legatario, ó si el dueño no quiere venderla, preste al legatario su estimacion, §. 4. *Inst. h. t.* Por tanto vale el legado de cosa ajena; por ejemplo: doi, lego á Juan el edificio de mi vecino; porque el legatario recibe el edificio ó su valor. Sin embargo se exceptúa el caso de que el testador ignorase que la cosa era ajena, pues entónces hai la presuncion de que no la hubiera legado, á saber que era ajena, §. 4. *eod. Y.* ¿ qué sucede, si el legatario hubiese adquirido ya la cosa que se le legó en el testamento? Entónces se ha de distinguir, si adquirió la cosa con título oneroso ó lucrativo. En el primer caso está obligado sin embargo el heredero á prestar la estimacion; en el último será inútil el legado, *porque dos causas lucrativas no pueden reunirse en una misma persona y en un mismo asunto*, §. 6. *eod.* Se ha de observar bien esta regla, pues de ella nacen cuatro curiosas conclusiones. 1ª Es consiguiente que si antes de la muerte del testador comprase yo el edificio del vecino, que me habia legado el testador ignorándolo, se me dará el valor de él, porque la compra es un título oneroso, §. 6. *Inst. h. t.* 2ª Que si se me legase en dos testamentos la casa del vecino, y se me entregase en virtud del uno, no podria pedir en virtud del otro la estimacion de ella, porque la adquirí por título lucrativo; al contrario, si del primer testamento recibiese solamente la estimacion, puedo pedir en virtud del otro testamento la casa, porque es claro que no la tengo, y por tanto ni hai título lucrativo ni oneroso. 3ª Que si se me ha legado el edificio del vecino, y solamente he adquirido parte de él con título lucrativo, se me debe

todavía la estimacion de la otra parte, *L. 82. pr. ff. De legat. 4ª* Que si hubiese adquirido con título oneroso la propiedad sin el usufructo de la cosa ajena legada, entónces recibiré solamente la estimacion de la propiedad, porque parece que se me legó la cosa, como ya la tenia yo, *L. 10. C. h. t.*

§. DCXIV. En seguida se pregunta, si tambien las cosas dadas en prenda se pueden legar (1). Por ejemplo si el testador hubiese dado un vaso de plata en prenda de veinte florines, y despues lega el mismo vaso á Pedro, ¿ será útil este legado? Se responde afirmativamente, pues si se permite legar las cosas ajenas, ¿ por qué no las dadas en prenda, puesto que en estas todavía conserva el testador la propiedad? No obstante se añade la misma excepcion que se puso arriba, á saber, si se puede probar por el heredero que el testador ignoraba, que estaba la cosa en prenda, seria el legado de ningun valor, porque se presume que sabiéndolo el testador no la hubiera legado, §. 5. *Inst. h. t.* Mas se pregunta, ¿ qué efecto tiene semejante legado de cosa dada en prenda? — Obligar al heredero á que rescate la prenda y la entregue al legatario, á no ser que espresamente añadiese el testador que la rescatase el mismo legatario, *L. 57. ff. De legat. I.*

§. DCXV. Aquí corespónde la curiosa cuestion de si,

(1) Heineccio no trata aquí una cuestion interesante, á saber, cuándo tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuándo el legatario. Atendiendo á las disposiciones de la *L. 10. tit. 9. Part. 6.* se deben establecer las reglas siguientes: 1ª Sabiendo el testador que la cosa que lega, está empeñada por ménos de su valor, la debe desempeñar el heredero y entregarla al legatario. 2ª Si la cosa estaba empeñada por tanta ó mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ora lo supiese, ora no lo supiese el testador. 3ª Si la cosa estaba empeñada por ménos de su valor, y el testador lo ignoraba, el legatario debe desempeñarla.

habiendo legado un testador, por ejemplo, un fundo suyo, y habiéndole en seguida enajenado en vida, es sin embargo útil este legado. — Sobre esto distinguen las leyes, si la enajenacion ha sido necesaria, ó solo voluntaria. *Necesaria* se dice la que se hace por alguna necesidad, por ejemplo, para pagar las deudas; y *voluntaria*, la que se hace sin necesidad. Ahora bien, en el primer caso todavía es útil el legado, y es del mismo efecto que el de cosa ajena, §. 602 y sig., y en el último se destruye el legado, porque cuando enajena el testador la cosa sin necesidad, se cree que lo hace con la idea de quitar el legado al legatario. En pocas palabras, se presume que aquel ha mudado su benevolencia hácia el legatario, y por tanto la voluntad de legar, §. 12. *Inst. h. t.*

§. DCXVI y DCXVII. Muchas veces se dejan los legados de crédito, de liberacion y de deuda; cuyas especies deben distinguirse con cuidado. *Legado de crédito* es, cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. *Legado de liberacion*, cuando se deja al legatario lo que él mismo debe; últimamente *legado de deuda*, cuando el testador deja al legatario lo que á este le debe. Tocante al legado de crédito, su efecto es que el heredero esté obligado á ceder al legatario las acciones, §. 21. *Inst. h. t.* Y ¿qué sucede si aquella deuda no es buena, y por tanto el legatario no recibe nada del deudor? Se responde, que el heredero no está obligado á mas, bastando que dé al legatario el derecho que él tenia: de las contingencias nadie puede responder. *El legado de remision ó liberacion* consiste en que el heredero está obligado á entregar al legatario la escritura, prendas y demas cauciones, de manera que quede del todo libre el legatario, L. 3. §. 2. ff. *De liberat. leg.* Aquí se mueve una cuestion curiosa, á saber, si viviendo el testador, cobra él mismo la deuda, ¿queda sin embargo útil el legado? Aquí tiene lugar la misma distincion es-

puesta en el §. último, pues si el testador cobra la deuda por necesidad, todavía vale el legado, tanto de crédito como de liberacion; pero si el testador exige el pago sin necesidad, parece que ha mudado de voluntad, y que ha anulado el legado, L. 11. §. 12 y 13. ff. *De leg. 3.* Lo principal que debe examinarse es, si el legado de deuda es útil. ¿Qué liberalidad es que el deudor legue al acreedor lo que ya le debía? Á la verdad, aún sin el legado, está el heredero obligado á pagar las deudas del difunto. Pero muchas veces sucede que semejante legado es útil 1º si el testador debe *bajo condicion ó para un determinado plazo*. Pues entónces la utilidad del legado es grande por la representacion, esto es, porque el heredero está obligado á pagar al instante: 2º si la deuda es solamente escrituraria, esto es, de sola escritura sin hipoteca, pues por el legado adquiere el legatario el derecho de hipoteca en todos los bienes hereditarios. 3º Si la deuda no está bastante clara, pues entónces tiene la ventaja el legatario de poder probar la verdad de la deuda por el testamento. Así se ha de entender el §. 11. *Inst. h. t.*

§. DCXVIII. Sigue el *prelegado de la dote*, que no se ha de confundir con el *legado de la dote*. Esta es la diferencia: el prelegado de la dote es, cuando el marido lega á la mujer lo que esta llevó con el nombre de dote; y el legado de dote es, cuando uno lega algo á una doncella soltera, para que lo entregue en dote á su esposo futuro. Ahora se habla del prelegado de la dote, y se pregunta, si es útil; pues disuelto el matrimonio, aún sin semejante prelegado, se ha de restituir la dote á la mujer. Sin embargo este legado es mui útil, 1º por la representacion. Porque de otro modo, consistiendo la dote en dinero contado, se ha de restituir despues de pasado un año; y el prelegado puede pedirse al instante, y de no pagarse al momento, puede la viuda exigir réditos. 2º Por semejante

prelegado puede librarse la mujer de probar que llevó la dote al matrimonio, pues média la confesion del testador, que no puede el heredero poner en duda. 3º Á veces percibe la mujer por semejante prelegado la dote que no llevó, con tal que el testador haya espresado cierta suma. Por ejemplo, si el marido dice en el testamento: lego á mi mujer tres mil que trajo en dote, la mujer percibirá los tres mil, aunque el heredero quiera probar que esta no llevó ni una blanca. Otra cosa se dirá, si el testador no hubiese espresado la suma, pues entónces solo tomará la mujer lo que pruebe que llevó. *L. 1. §. 7. ff. De dot. præleg.*

§. DCXIX, DCXX y DCXXI. Tambien se han de distinguir con gran cuidado los legados de género, de especie y de cantidad. Los juriseconsultos llaman género á lo que los filósofos especie, por ejemplo, un caballo, un libro, un vestido: especie, al contrario, es para los juriseconsultos lo que entre los filósofos individuo, por ejemplo, el caballo que está en la cuadra, las obras de Cujacio de una biblioteca, el manto encarnado de un vestido. Últimamente la cantidad es el género señalado por un número, por ejemplo, cuatro caballos, mil florines. Respecto del legado de especie, se han de observar las conclusiones que siguen: 1ª la especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario. Por ejemplo, si se ha legado el caballo de la cuadra, y muriese despues que el testador, el daño no es para el heredero, que no entrega otro, sino para el legatario. Dos son las razones: (a) porque el dominio de la especie legada pasa al legatario desde la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (b) Porque el heredero es solamente deudor de la especie, y se libra, si perece esta, *L. 23. L. 49. pr. ff. De V. obl.* No obstante se han de añadir dos escepciones: primera, si el heredero fuese moroso, ues entónces perece para él la cosa, y no

para el legatario: segunda, si la cosa pereciese por culpa del heredero, pues entónces, como deudor, presta hasta la culpa levisima, *L. 47. §. penul. ff. De legat. 1.* 2ª Legados dos especies copulativamente, se ha de mirar si las dos son principales, ó la una principal y la otra accesoria. En el primer caso, pereciendo la una, todavía se debe la otra; en el segundo, pereciendo la principal, no se debe la accesoria, §. 17. *Inst. h. t.* Por ejemplo, uno me legó un caballo y un buei; muerto el caballo, todavía se me debe el buei. Al contrario, si uno me hubiese legado un caballo con silla y arreos, muerto el caballo, no se debe ni la silla ni los arreos, porque lo accesorio sigue á lo principal. 3ª Legada una totalidad, por ejemplo, un rebaño, el aumento y disminucion es en provecho ó daño del legatario. Y de aquí es, por ejemplo, que si el rebaño legado tenia cien cabezas á la muerte del testador, y despues se aumentó por las crias hasta ciento cincuenta, esta ganancia es del legatario. Al contrario, si el rebaño se disminuyó hasta veinte cabezas, el daño será igualmente del legatario, por la razon alegada arriba, de que el dominio de la especie legada pasa al instante al legatario, desde la muerte del testador, §. 18. *Inst. h. t.* Esto es lo que habia que advertir acerca del legado de especie. Tocante al legado de género, se han de tener presentes dos conclusiones: 1ª que es útil, si el género es reducido y tiene cierta determinacion. Por ejemplo, un caballo es género reducido, y cualquiera sabe lo que es; mas un animal ó una cosa son géneros vagos; y de aquí es que seria absurdo y ridículo el legado, si uno dejase á Ticio un animal ó una cosa. Pues en tal caso quedaria libre el heredero, si diese al legatario un raton, ó el pezon de una manzana, *L. 71. ff. De leg. 1.* 2ª La eleccion en el legado de género es del legatario; pero de modo que no puede elejir lo mejor. Por ejemplo, si el testador me ha legado un caballo de su cuadra, en-

tónces no tiene el heredero el arbitrio de darme el que quiera; sino que á mí me compete la eleccion, con tal que no elija el mejor, § 21 *Inst. h. t.* En lo cual se diferencia este legado del de opcion ó eleccion, de que se trata en el § *sig.*

§. DCXXII. *El legado de opcion ó de eleccion* es, cuando el testador concede expresamente al legatario, que de muchas cosas de un mismo género escoja una para sí. Por ejemplo, si dice: Pedro, escoje el caballo que quieras de la cuadra. De este legado se ha de notar lo siguiente: 1º que en él puede el legatario elegir lo mejor, lo que no puede en el legado de género. 2º Que si ha elegido una vez, no hai lugar al arrepentimiento, sino que debe imputarse á sí mismo el no haber elegido con mejor tino. 3º Que antiguamente espiraba este legado, si durante su vida no habia elegido el legatario, y por tanto no podia elegir entónces su heredero. En pocas palabras; no se trasmitia á los herederos este legado ántes de hacerse la eleccion. Pero varió esto Justiniano por la *L. ult. C. Com. de legat. et fideicomm.*, permitiendo á los herederos del legatario, que aun muerto este, pudiesen elegir; de modo que en el día tambien este legado pasa al instante á los herederos.

§. DCXXIII. Falta todavia una regla, comun al legado de género y cantidad, á saber: *ni el género ni la cantidad perecen.* La utilidad de esta regla es grande, pues si, por ejemplo, se me ha legado un caballo, ó la suma de cien florines, y despues de haber comprado el heredero el caballo ó contado el dinero, viene un ladron y le roba estas cosas, el heredero no podrá esusarse, ni por eso quedará libre del legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo, y jamas perecen.

§. DCXXIV. La última cuestion es, si pueden legarse los hechos. Se responde afirmativamente, ya porque tambien los hechos prestan utilidad, ya porque se permite al testador obligar al heredero á que este haga lo que aquel

quiera, con tal que el hecho no sea torpe, ni ridiculo, ni ilusorio. Por tanto vale un legado como el siguiente: mi heredero, estás obligado á cultivar todos los años el campo de Ticio. Al paso que seria absurdo este legado: obligo á mi heredero á que en el cumpleaños de Ticio baile desnado en la plaza.

§. DCXXV. Toca ahora hablar del difícil y sutil *derecho de acrecer* (1), que sin embargo puede reducirse á pocas y claras reglas. Es el *derecho de acrecer* un derecho, por el cual la porcion del colegatario que falta, acrece ó se agrega al que queda. Este derecho no solo se observa en los legados (2), sino tambien en las herencias, pero por razon mui diversa; pues en la herencia es necesario este derecho de acrecer, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, §. 342.; y si el testador instituyese heredero á Sempronio y Mevio, y este repudiase su parte, pasaria al heredero abintestato, si no acreciese al coheredero. Mas en los legados solo trae origen el derecho de acrecer de la voluntad presunta del testador, pues juntando á Ticio y Mevio en un legado, sin duda quiso que faltando la porcion del uno, la llevase el colegatario ántes que el heredero. De aquí es que hai tambien gran diferencia entre el derecho de acrecer de

(1) El derecho de acrecer tenia lugar en las herencias, por las leyes de Partida, segun las cuales nadie podia morir intestado en parte, y en parte testado; pero ya no lo tiene desde que por las leyes posteriores puede suceder esto, de suerte que pende todo de la voluntad del testador.

(2) Cuando no hai quien suceda en los legados, porque la última persona á quien se dejan, es incierta, se distribuyen á los pobres del pueblo del testador, ó se entregan al obispo, para que este haga la distribucion que le parezca; y cuando se dejan determinadamente á los pobres, primero deben ser distribuidos á los de los hospitales é imposibilitados, segun la *L. 20. tit. 5. Part. 6.* No obstante Gregorio López pone la condicion de que sea el testador del vecindario en donde hizo el testamento.

los herederos y legatarios, puesto que 1º al heredero acrece aún contra su voluntad; al legatario no siempre, ántes muchas veces es porque quiere. 2º Á los herederos siempre acrece con carga; á los legatarios á veces sin ella. 3º En la herencia no puede el testador prohibir el derecho de acrecer, y sí en los legados, *L. 57. 2. 1. ff. De usufr. L. 7. De reg. jur.*

§. DCXXVI y DCXXVII. Se pregunta, ¿cuáles son los requisitos del derecho de acrecer? Se responde, que dos. Uno que el colegatario falte ántes de la muerte del testador, pues si aquel sobrevive un solo momento, pasa el legado á los herederos, y por tanto no acrece al colegatario, *L. un. §. 5. De caduc. toll.* Otro, que estén unidos; y se entiende que lo están los legatarios, cuando son llamados á una misma cosa, como: doi, lego mi fundo á Ticio y Mevio. Al contrario, si á Ticio se legase una casa, y á Mevio un prado, faltando cualquiera de los dos no acrece nada al otro, sino que el legado se queda en el cuerpo de la herencia.

§. DCXXVIII. Ahora se ha de examinar cuántas especies hai de conjunción. Los jurisconsultos la dividen en conjunción en la cosa, ó solamente en las palabras, ó juntamente en la cosa y las palabras. Se dice que están unidos en la cosa, cuando muchos son llamados á ella, pero en diversas proposiciones. Por ejemplo: doi, lego á Ticio el fundo corneliano: doi, lego el mismo á Mevio. Los que están así unidos, suelen representarse en figura de círculos sin vinco ni enlace: Ticio Mevio. Se llaman tambien desunidos, porque sus nombres se hallan en diversas proposiciones. Se dicen unidos solamente en las palabras los que son llamados en una sola proposición á una misma cosa, pero con partes separadas, no físicas (de manera que materialmente se divida la cosa entre los legatarios,

pues entónces no estarian unidos), sino intelectuales. Por ejemplo, si el testador dijese: doi, lego á Ticio y á Mevio el fundo corneliano, al primero hasta el rio, y al segundo pasado el rio; no habria ninguna union entre estos, porque no son llamados á una misma cosa, *L. 1. pr. ff. De usufr. adcresc.* Al contrario, si escribiese así el testador: doi, lego á Ticio y á Mevio este fundo por iguales partes, estarian unidos por palabras, y estos se notan con unos círculos unidos por una raya intermedia:

Ticio Mevio.
 o — o Están unidos *juntamente* en la cosa y las palabras aquellos á quienes se ha legado en una sola proposición una misma cosa sin dividirla en partes, por ejemplo: doi, lego á Seyo y Cayo el fundo corneliano. Estos se representan por círculos unidos con una cruz en figura de aspa en el medio: Seyo Cayo.

L. 89. ff. De legat. 3. y L. 142. ff. De V. S.

§. DCXXIX. Supuestas estas definiciones, fácilmente se entenderán ahora las reglas que han de observarse acerca del derecho de acrecer. 1ª Si los legatarios están unidos por palabras ó por conjunción mista, la porción del que falta, acrece al compañero. Por tanto en la segunda figura, faltando Ticio, su porción acrece solamente á Mevio; y en la tercera figura, faltando Cayo, acrece su porción á Seyo. 2ª Si están solo unidos por la cosa, su porción acrece á todos; pero de manera que los unidos por palabras y por conjunción mista se tengan por una persona. Esto se entenderá con el siguiente ejemplo. Doi, lego al primero este fundo; doi, lego el mismo al segundo: doi, lego el mismo por iguales partes al tercero y cuarto: doi, lego el mismo al quinto y sexto.
 1 2 3 4 5 6
 0 0 0-0 0 X 0. Supongamos ahora que falta el segundo,

entónces su porcion acrece á todos ; pero de modo que el primero tome una tercera parte, el tercero y cuarto otra, y el quinto y sexto la que falta, pues los últimos, como colegas, se tienen por una persona. 3.º Á los unidos por conjuncion mista y con palabras solamente, acrece queriendo ellos, pero con las cargas ; á los unidos por la cosa, aunque no quieran, y sin carga. Esta es toda la doctrina del derecho de acrecer, que vulgarmente se presenta con oscuridad, sin embargo de estar tan clara é inteligible con solo observar estas tres reglas y las tres definiciones.

§. DCXXX. Resta decir tambien algo acerca del modo de legar. Se puede legar, 1.º *puramente*; 2.º *hasta cierto dia*, ó *desde tal dia*; lo que no podia hacerse en la herencia, §. 544; 3.º *bajo condicion*; 4.º *bajo demostracion*; 5.º *por causa*; 6.º *por modo*. De cada una de estas maneras se tratará por separado

§. DCXXXI. Se lega *puramente*, cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; por ejemplo: lego á Ticio ciento. Sobre este legado puro se ha de observar la regla: el dia de semejante legado empieza y llega al punto que muere el testador. *L. un. §. 1. C. De caducis toll* Por lo que, si el heredero fuese moroso, desde el momento pueden exigirse tambien los réditos. Sin embargo se ha de añadir una escepcion, y es que todos los legados que no pasan á los herederos, no se exigen desde la muerte del testador, sino desde la adiccion de la herencia. Tales són los legados de usufructo, de uso, de habitacion, de libertad, y antiguamente tambien el de eleccion, el cual, segun observámos arriba en el §. 602, fué mudado por Justiniano.

§. DCXXXII *El legado de cierto dia y hasta tal dia* se deja á quien se ha señalado un término desde el que empieza, ó hasta el que dura. Por ejemplo, se ha dejado á

Ticio un legado desde cierto dia, cuando se le señala un tiempo como término, desde el que ha de empezar, como sucederia, si dijésemos: lego á Ticio mi casa á los diez años despues de mi muerte. Al contrario se lega *hasta cierto dia*, cuando se señala tiempo como término hasta el que ha de durar, por ejemplo: lego á Ticio la huerta por diez años. En el primer caso, si el dia es cierto, al instante se debe el legado; pero no puede exigirse hasta los diez años: en el último, al momento se debe y se exige. Y ¿qué sucede si el dia es incierto, de manera que no conste si llegará ó no? Entónces el dia se tiene por condicion, como ya hemos observado arriba, §. 544., *L. 75. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXIII. Acerca del *legado condicional* no hai aqui nada que añadir, pues ya se ha explicado todo arriba, cuando se ha tratado de la institucion de heredero, §. 545 y sig. Solo una regla se ha de notar: el dia del legado condicional ni cae ni viene ántes que se verifique la condicion, *L. 5. §. 2. ff. Quando dies legati cedat*. De lo que se sigue, que si muriese el legatario ántes de la condicion, nada trasmite á sus herederos, sino que por el contrario el legado espira.

§. DCXXXIV. Se dice que lega el testador *bajo demostracion*, cuando añade alguna descripcion de la persona ó cosa legada, por ejemplo: lego ciento á Ticio que administró mis cosas: lego á Mevio la casa que compré á Sempronio. Sobre este legado se ha de observar que no lo vicia la falsa demostracion, como por otro lado conste la persona ó cosa. De aqui es que aunque fuera falso que Ticio hubiese administrado los negocios del difunto, ó que la casa se hubiese comprado á Sempronio, no obstante es útil el legado, y surtirá su efecto, §. 30. *Inst. h. t.*

DCXXXV. Sigue el legado dejado *por causa*. Por causa entendemos aqui el motivo que el testador espresa en el

testamento, por ejemplo : doi, lego á Ticio ciento, porque defendió en el foro mis causas. En este se observa la misma regla de que la falsedad de la causa no vicia el legado, §. 31. *Inst. h. t.*, pues considerándose al testador como legislador, y obediéndose á la lei, aunque el legislador alegue una causa falsa, lo mismo sucede en los legados. Exceptuase no obstante el caso de que el testador errase en la causa, y probase el heredero que el testador no hubiera hecho el legado, si hubiese estado mejor enterado, porque entónces semejante legado seria de niugun valor, *L. 72. §. 6. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXVI y DCXXXVII. Últimamente se dice que se lega *por modo*, cuando se espresa el fin con que se deja el legado, por ejemplo : doi, lego á Ticio trescientos para que se haga doctor. Este legado se debe y puede exigirse al momento, con tal que preste caucion el legatario que lo destinará á este fin, ó que de no hacerlo volverá el legado, *L. 40. 80. ff. De condit. et demonstr.*

§. DCXXXVIII. Aunque sea grande la libertad de los testadores, sin embargo están prohibidos los legados llamados *captatorios*, y en el antiguo Derecho lo estaban los *dejados por via de pena*. Llámanse *captatorios*, cuando el testador deja un legado á otro con la condicion de que este se lo deje tambien á él; pues entónces verdaderamente capta los bienes de otro, por ejemplo : doi, lego á Pedro mil florines, si él me lega á mi otros tantos. No habiendo pues cosa mas fea que este legado, fundadamente lo dieron por nulo las leyes. La razon es la insigne maldad de los *capta-herencias*, que halagaban á los testadores de distintos modos, cuyas artes describe elegantemente Corn. Van Bynkersh. en el opúsculo *De captatoriis institutionibus*. Tampoco eran válidos antiguamente los legados *dejados por via de pena*; y se llamaba así cualquiera legado dejado para compeler al heredero; por ejemplo,

si Ticio mi heredero no da su hija por mujer á mi hermano, pague mil al príncipe. Pero Justiniano mandó en el §. *ult. Inst. h. t.* que valiesen semejantes legados, con tal que no se mande al heredero hacer ninguna cosa torpe, v. gr.: si mi heredero no mata á su hijo, dé á Mevio ciento. El sabio Bynkersh., en un opúsculo suyo que trata de esta materia, juzga que Justiniano no entendió lo que era legado dejado en pena, pues entre los antiguos no era otro sino aquel por el cual se obligaba al heredero á que hiciese algo torpe. Mas si se ha de decir la verdad, parece que tiene disculpa Justiniano, porque del mismo modo definió estos legados Ulpiano en sus *Frag. tit. 24. §. 17*. Los testadores necios incomodaban frecuentemente con ridiculezes al heredero sin razon alguna, condenándole, si no obedecia su voluntad, á que pagase legados. Un buen ejemplo de esta necedad se lee en Horacio, *Lib. II. Satyr. 3. v. 84*, donde dice :

*Heredes Staberí summam incidere sepulchro;
Ní sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria atque epulum, arbitrio Arri:
Frumentí quantum uelit Africa.*

Por tanto con razon desechaban las leyes antiguas estos legados, aunque esto lo mudó Justiniano; como hemos dicho.

§. DCXXXIX. Resta la última cuestion, ¿ qué acciones competan á los legatarios y fideicomisarios para conseguir los legados que se les han dejado? Tres acciones tienen. La *primera* nace del cuasi contrato, y por tanto es personal, y se llama accion del testamento; pues cuasi contrae el heredero con los legatarios al aceptar la herencia, §. 596 : de aquí es que el legatario demanda al heredero, para que pague los legados con los réditos desde su demora. La *segunda* es la accion vindicatoria *de la cosa*, y por tanto real; pues debiéndose el legado desde

la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606, 3; y por tanto, como dueño, vindica la cosa de cualquiera poseedor. La tercera accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hai lugar á la vindicacion de la cosa, sino cuando se ha legado cierta especie, pues el género y la cantidad, como cosas incorporales, no pueden vindicarse.

TÍTULO XXI

MODO DE QUITAR Y TRASFERIR LOS LEGADOS.

§. DCXL. Justinano sigue su método, y habiendo tratado hasta aquí del modo con que se mandan los legados, habla ahora de cómo se quitan y trasladan. Á la verdad la voluntad de los hombres es variable hasta la muerte, y no hai duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, ó trasladarlo á otro.

§. DCXLI, DCXLII y DCXLIII. Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que ántes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de escepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó por hechos: *por palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que ántes habia legado, *pr. Inst. h. t.*; y aún basta que haga esta declaración de viva voz, estando presentes dos testigos. *Por hechos* se quitan los legados, 1º rompiendo ó borrando los testamentos ó codicilos, y 2º destruyendo la cosa legada ó dándole distinta forma. No obstante en la *L. 86. ff. De leg. 3.* se

halla la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á su antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo, si de la plata que habia legado el testador, manda hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo, si de la lana que habia legado el testador, mandase hacer paño. Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enajenase de cualquier otro modo; pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos en el §. 615. Hasta aquí hemos visto cómo se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá cómo se hace por via de escepcion. La *L. 3. §. últ.*, y la *L. 4. ff. h. t.* nos presentan aquí un ejemplo oportuno; á saber, si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviese á su gracia. Porque ¿quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aquí formamos esta regla: siempre que acontezca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado de voluntad, se desvanece el legado por via de escepcion. Entónces el heredero opone al legatario la escepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV. Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica, cuando ocurre alguna variacion en el legado. Se trasfiere el legado de cuatro maneras: 1ª mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2ª Cuando se muda la misma cosa legada; por ejemplo, cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3ª Cuando se muda la persona por medio de quien se lega; por ejemplo, si se encarga á un legatario el pago que ántes tenia que hacer el heredero. 4ª Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar; por ejemplo, si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la

la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606, 3; y por tanto, como dueño, vindica la cosa de cualquiera poseedor. La tercera accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hai lugar á la vindicacion de la cosa, sino cuando se ha legado cierta especie, pues el género y la cantidad, como cosas incorporales, no pueden vindicarse.

TÍTULO XXI

MODO DE QUITAR Y TRASFERIR LOS LEGADOS.

§. DCXL. Justinano sigue su método, y habiendo tratado hasta aquí del modo con que se mandan los legados, habla ahora de cómo se quitan y trasladan. Á la verdad la voluntad de los hombres es variable hasta la muerte, y no hai duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, ó trasladarlo á otro.

§. DCXLI, DCXLII y DCXLIII. Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que ántes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de escepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó por hechos: *por palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que ántes habia legado, *pr. Inst. h. t.*; y aún basta que haga esta declaración de viva voz, estando presentes dos testigos. *Por hechos* se quitan los legados, 1º rompiendo ó borrando los testamentos ó codicilos, y 2º destruyendo la cosa legada ó dándole distinta forma. No obstante en la *L. 86. ff. De leg. 3.* se

halla la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á su antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo, si de la plata que habia legado el testador, manda hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo, si de la lana que habia legado el testador, mandase hacer paño. Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enajenase de cualquier otro modo; pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos en el §. 615. Hasta aquí hemos visto cómo se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá cómo se hace por via de escepcion. La *L. 3. §. últ.*, y la *L. 4. ff. h. t.* nos presentan aquí un ejemplo oportuno; á saber, si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviese á su gracia. Porque ¿quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aquí formamos esta regla: siempre que acontezca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado de voluntad, se desvanece el legado por via de escepcion. Entónces el heredero opone al legatario la escepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV. Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica, cuando ocurre alguna variacion en el legado. Se trasfiere el legado de cuatro maneras: 1ª mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2ª Cuando se muda la misma cosa legada; por ejemplo, cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3ª Cuando se muda la persona por medio de quien se lega; por ejemplo, si se encarga á un legatario el pago que ántes tenia que hacer el heredero. 4ª Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar; por ejemplo, si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la

palabra *trasladar* entre los jurisconsultos significa otra cosa que entre los demas autores, para quienes es lo mismo que *mudar*. Acerca del primer modo de trasladar los legados hai todavía que observar una cosa, y es que siempre se ha de repetir en ellos el nombre propio del primer legatario, pues de otro modo no es traslacion de legado, sino mas bien conjuncion de uno y otro legatario, *L. 34. pr. ff. De legat. 1.* De aquí es que si el testador dice que lega á Mevio el fundo que ántes legaba á Ticio, será traslacion de legado. Mas si escribiese en la primera parte del testamento, que da y lega su fundo á Ticio, y en la última parte que da y lega el fundo á Mevio; entón- ces estarán unidos, porque no se repite el nombre de Ticio.

§. DCXLV. Aquí se pregunta, cómo debe hacerse la traslacion (1) ? Para quitar un legado solo se exigia la prueba ; ó mas bien, para destruirse por via de escepcion, era suficiente la presuncion ; ¿ sucede lo mismo para transferir el legado ? De ningun modo, pues el que traslada un legado, no solo lo destruye primero, sino que deja otro nuevo ; y un nuevo legado no puede dejarse sin cinco testigos, §. 606. 4. Por esto se ha de advertir que sucede muchas veces, que trasladado un legado, ni subsiste el primero ni el último ; por ejemplo, si uno dijese delante de tres testigos que legaba á Mevio el fundo que habia legado á Ticio, ninguno de los dos percibiria el legado. No Ticio, porque se lo quitó á presencia de tres testigos ; ni Mevio, porque no asistieron los cinco testigos necesarios para transferir el legado.

(1) Los legados se pueden quitar ó transferir en testamento y en codicilo : todavía, segun las disposiciones de las *LL. 39 y 40. tit. 9. Part. 6.*, ni esta solemnidad requieren : pues de cualquier modo que conste la voluntad del testador, aunque no haya mas que presunciones de que quiso mudarlo, se da por quitado el legado.

§. DCXLVI y DCXLVII. Esta es la doctrina del modo de quitar y transferir los legados. Añadiremos algo de otros modos, por los que estos espiran ; á saber, 1º ó por un incidente que sobreviene, ó 2º porque la lei tiene por no hecho semejante legado, ó 3º por que se le quita al legatario por indigno. 1º Por un incidente que sobreviene ; lo cual puede tener lugar en cinco casos. (a) Si el legatario muriese ántes que el testador ; pues el legado se debe desde la muerte de este, §. 631 ; y por consiguiente, estando aún vivo el testador, nada habia adquirido el legatario. Lo que no tenia, no podia transmitirlo á los herederos ; luego los herederos no percibirán el legado, y por consiguiente espiró este ; á no ser que esté reunido algun colegatario, al cual acrezca la porcion del que falta. (b) Espira el legado de cosa ajena, si viviendo el testador, la hubiese adquirido ya el legatario por título lucrativo, porque no pueden reunirse dos causas lucrativas en una misma persona y sobre una misma cosa, §. 612 y sig. (c) Si pereciere la cosa legada. Mas esto debe entenderse solamente de la especie legada, la cual estingnida, no puede prestarse ; y no del género y la cantidad, acerca de los que ya vimos arriba la regla de que nunca perecen, §. 613. Por tanto, si el testador legase un buei y pereciere, de tal modo se acaba el legado, que ni aún la piel se debe. Sin embargo sufre esta regla una escepcion, esto es, si hubiese culpa ó dolo de parte del heredero, porque con razon debe prestarlos. (d) Si se invalidase el testamento ; pues habiendo manifestado arriba en el §. 568, que los testamentos son á veces nulos ó injustos, y que aún los hechos con arreglo á Derecho á veces se rompen, se hacen irritos, destituidos ó rescindidos ; á todas las especies comprende nuestra regla, excepto á los testamentos rescindidos. Pues si entablada la queja de inoficioso testamento, se rescinde este, quedan válidos todos los capi-

tulos, excepto la institucion de heredero, y por tanto no se desvanecen los legados, §. 584. 7. (e) Si falta la condicion; pues suspendiéndose el efecto de este legado por la condicion, es evidente que faltando esta, falta tambien el legado, porque no se debe, ni puede exigirse hasta que se verifique la condicion, §. 633. IIº Á veces tiene la lei por no escritos los legados, de cuyo caso existe un título singular, á saber, el VIII. *lib.* 34. Sucede esto, (a) cuando no puede existir el legado por su naturaleza; por ejemplo, si el testador hubiese hablado de un modo ambiguo por manera que no pueda entendersele, *L.* 3, 4, 10, 27. ff. *De rebus dubiis.* (b) Si se dejase el legado contra las leyes, por ejemplo, á un incapaz, deportado, cautivo, ó que no existe aún en la naturaleza, *L.* 4. *pr.* §. 4. *De his quæ pro non script. hab.* (c) Si el legado es torpe, y dejado para deshonorar al legatario, *L.* 55. *De legat.*; esto es, para infamar con alguna ignominia, ú ofender el pudor del legatario; por ejemplo, lego á Ticio ciento, que puede dar á su adúltera. (d) Si alguno se dejase á sí mismo algun legado, habiendo él propio escrito el testamento; pues induciendo semejante testamento sospecha de falsedad, el legado subsiste en la herencia, y por consiguiente se estingue, *L.* 2, 3. *C. De his qui sibi a'scr. in test.* IIIº Otras veces se quita el legado al legatario como indigno, y estos legados entran en el fisco, excepto en algunos pocos casos. En cuanto á lo demas se quitan tantas veces los legados, cuantas el legatario, cometiendo algun delito contra el difunto, se ha hecho indigno de esta liberalidad; por ejemplo, si matase al testador, ó le suscitase causa de muerte, ó le forzase á hacer testamento contra su voluntad. Véase el título singular *De his quæ ut indignis auf.* *L.* 34. *tit.* 9.

TÍTULO XXII.

DE LA LEI FALCIDIA.

§. DCXLVIII, DCXLIX y DCL. Este título está de tal manera enlazado con el anterior, que así como en este se han enseñado los modos de perder los legados, así el título de la lei falcidia muestra cómo se disminuyen, esto es, cómo se reducen á menor cantidad. Este título contiene tres partes: la *primera* trata de la historia de la lei falcidia, §. 648; la *segunda*, del Derecho introducido por ella, §. 651-653; y la *tercera* de las causas por que cesa la lei falcidia, §. 654. Tocante á la historia, Iº repetidas veces hemos advertido, que en la lei de las XII Tablas se habia establecido, *que se tuviese por lei lo que legase el padre de familia*; por cuya lei se dió á los testadores la facultad mas estensa para legar, segun observa Pomponio en la *L.* 120. ff. *De V. S.* Pero los testadores abusaban malamente de aquella amplísima facultad, y frecuentemente, instituyendo heredero con el fin de que se originase un pleito, de tal manera cargaban la herencia con legados, que nada quedaba para el heredero. De aquí resultaba un grande inconveniente, pues el heredero repudiaba la herencia, de la que no sacaba ningun lucro, y abandonando el testamento, no percibian nada los legatarios, y todo el testamento se destruía. Por lo qual pareció conveniente reprimir con leyes esta licencia de legar, como dice el mismo Pomponio en dicha *L.* 120. *De V. S.* Estas leyes eran tres; la primera se llama *furia* (1), la segunda *voconia* y la tercera *falcidia*.

(1) Dióse esta lei por C. Furio, tribuno de la plebe.

La *furia*, de que ya hace mención Ciceron, prohibió que á ningun legatario se dejase mas de mil ases, excepto á los parientes; y si mas se dejase, que pagara el legatario la pena del cuatro tanto, *Ulpiano, Fragm. tit. 1. §. 2. y tit. 28. §. 7.* Mas esta lei proveía poco al remedio, pues si el testador dejaba legados á muchas personas, y á cada una de ellas mil ases, agotaba lo mismo la herencia que dejando pocos legados, pero mas considerables. Siguió la lei *voconia*, sobre la que existe una eruditísima y singular disertacion de Perizonio. Fué su autor Quinto Voconio Saxa, tribuno de la plebe en el año 684 de la fundacion de Roma, siendo cónsules Quinto Mevio Filipo y Cn. Servilio Cepion. Véase á Ciceron, *Verrin. c. 42.* Esta lei coartó de varios modos la potestad de los testadores, pues, 1º prohibió instituir por herederos á las mujeres. 2º No permitió en todas ocasiones que se les dejasen legados. Y 3º últimamente (que es el capítulo que pertenece aquí con mas particularidad) prohibió, que á ningun legatario se dejase mas de lo que percibiese el heredero. No obstante esta lei se eludia tambien fácilmente, como observó Teófilo en el *pr. Inst. h. t.*, pues si poseyendo uno cien áureos, legaba á 99 personas y el heredero solo percibía uno, parecia satisfacerse á la lei *voconia*; pero ¿quién por una moneda querria aceptar la herencia? Por tanto, no consiguiendo esta lei tampoco el fin, últimamente en tiempo de Augusto, y sin duda por su autoridad, se dió la lei *falcidia* por Publio Falcidio, tribuno de la plebe, en el año 714 de la fundacion de Roma, segun estensamente refiere esta historia Dion Cassio *L. 48. Hist. p. 430.* Por lo cual es ridículo el error de la glosa, que juzga que esta lei se llamó *falcidia* de la palabra *falx*, porque se desfalcaba ó quitaba algo á los legados. Por lo demas en esta lei se estableció prudentemente, 1º que ninguno pudiese cargar la herencia con legados mas que hasta el

dodrante (1) de los bienes, esto es, hasta nueve onzas: 2º que si dejaba mas á los legatarios, á cada uno se cercenase á prorata, de manera que quedase al heredero libre su cuarta parte. Las mismas genuínas palabras de esta lei existen en la *L. 1. pr. ff. h. t.*

§. DCLI. II. Pasando ya á la *otra parte* del Derecho introducido por esta lei, pueden hacerse tres preguntas: 1ª quién saca esta cuarta: 2ª cómo se ha de computar: 3ª á quiénes se cercena.

1º Si se pregunta quién saca esta cuarta (2), el mismo

(1) Los antiguos consideraban cualquier herencia como un *as*, y por consiguiente la concebían dividida en doce onzas, porque es de advertir que el nombre de *as*, aunque significaba una moneda de cobre del peso de una libra de doce onzas, tambien lo aplicaban á cualquier todo, y lo dividían precisamente en doce partes ú onzas. Atendiendo pues á esto, fáciles son de esplicar los nombres con que los jurisconsultos solian designar las partes de una herencia. Siendo así que *as* significa el cuerpo íntegro de los bienes dividido en doce onzas, á las once onzas las llamaban *deunx*, es decir, *uná desumptá uncia*, ó bien *deest uncia*, esto es, ménos una onza. Por igual razon á las diez onzas se les daba el nombre de *dextans*, como si dijéramos *desextans*, esto es, quitada la sesta parte (pues la partícula latina *de* quita y disminuye cuando entra en composicion); y tambien el de *decunx*, es decir, diez onzas. Á las nueve onzas el de *dodrans*, que equivale á *dequadrans*, esto es, quitado el cuadrante: á ocho onzas el de *bes ó bessis*, equivalente de *bis triens*, los dos tercios del *as*: á siete onzas el de *septanx*, nombre que está bastante esplicado por sí mismo: á seis onzas el de *semis*, como si se dijera *semias*: á cinco onzas el de *quincunx*, de *quinque* y *uncia*: á cuatro onzas el de *triens*, el tercio del *as*: á tres onzas *quadrans*, la cuarta parte del *as*: á dos onzas *sextans*, la sexta parte del *as*. Estas once onzas se subdividían, y la mitad de una onza se llamaba *semiuncia*; la tercera parte de ella *duella ó bina sextula*; la cuarta parte *sicilicum*; la sexta parte *sextula*; la octava parte *drachma*; la duodécima parte *hemisecta ó dimidia sextula*; la décimaséptima *tremissis*; y *scrupulus* la vigésimacuarta.

(2) La cuarta solo se puede sacar respecto de los herederos voluntarios; y no se podría en otro caso, porque segun nuestras leyes los padres testadores no pueden disponer mas que del quinto, del cual

fin de la lei manifiesta que este beneficio se ha concedido á los herederos instituidos en el testamento. Pero así como donde existe la misma razon de la lei, debe haber igual disposicion, así no es de admirar que los juriscónsultos estendiesen tambien esta lei á los herederos abintestato, *L. 18. ff. h. t.*, pues no hai duda que estos pueden ser gravados con legados que se dejan en los codicilos, del mismo modo que los herederos testamentarios pueden serlo en el testamento. Por este principio pues fácilmente se entienden las siguientes consecuencias: (a) que si hai muchos herederos, en cada uno de ellos se ha de suponer la razon de la lei falcidia. El sentido de estas palabras, que se hallan en el §. 1. *Inst. h. t.* es este: que si son muchos los coherederos, todos juntos deben tener salva una cuarta, y por tanto solo pueden cercenar á prorata, de modo que tengan la cuarta parte de su porcion. (b) Que si hai dos coherederos, de los que uno está cargado con muchos legados, y el otro no, entónces se ha de distinguir si la porcion cargada aerece á la no gravada, ó la no gravada á la cargada. En el primer caso puede sacarse aún la cuarta; en el segundo no, *L. 78, 87. §. 4. ff. h. t.* La razon de esta sutilísima disposicion, por otra parte no mui clara, es esta: porque el que sucede en el lugar de otro, con razon se entiende que sucede tambien en el derecho. (c) Que este derecho de cercenar no compete ni al legatario, ni al fideicomisario. De aquí es que si, por ejemplo, se han legado á Ticio mil, y se le manda que los pague á otro, no puede sacar nada, aunque no le quede salva ni la tercera parte, porque este beneficio no se ha concedido á los legatarios, sino á los herederos. La misma razon milita respecto de los fideicomisarios, los cuales no se reputan en nuestras leyes por herederos, aunque reciban la herencia.

hai que deducir los gastos de misas, entierro y otras mandas aciosas, segun la *L. 9. tit. 20. lib. 8. de la Nov. Recop.*

§. DCLII. 2º Si se pregunta, cómo se ha de computar la cuarta falcidia; se dice, que deben observarse dos axiomas: 1º que la cantidad del patrimonio se considere cual era al tiempo de la muerte del testador. 2º Que no se llama patrimonio, sino despues de sacadas las deudas á que está obligado el heredero. Del primer axioma nace la conclusion, de que si despues de muerto el testador se aumenta el patrimonio, no aprovecha á los legatarios, y lo mismo si se disminuye, *L. 73. ff. h. t.* De aquí es, que si á la muerte del testador se han hallado doce mil florines(1), y el testador dejó á los legatarios once mil, y despues por la lotería, ó por los productos de minas de metal se aumenta el patrimonio hasta veinte mil, el heredero puede no obstante sacar la cuarta. Del segundo axioma colegimos, que la cuarta falcidia se ha de estraer, cuando (a) se hayan pagado las deudas, (b) los gastos de los funerales, (c) las cantidades que por mandado del testador se deben pagar para manumitir los siervos de otro, y (d) los gastos hechos en la aceptacion de la herencia, á los que tambien pertenecen los hechos en el inventario. Despues de sacado todo esto, de lo que reste, debe quedar al heredero libre la cuarta parte. Y ¿qué sucede si dicen los legatarios, que aunque los herederos no tengan salva la cuarta parte de los bienes hereditarios del testador, sin embargo han recibido ya tanto por legados y fideicomisos, que no falta nada á la cuarta? ¿hai sin embargo lugar á sacar esta cuarta? Así debe hacerse, porque en la cuarta falcidia no se computa mas que lo que el heredero tiene por el honorífico título de la institucion. En lo cual se diferencia esta cuarta de la cuarta trebeliánica, en la que se computa todo lo que el heredero recibe del testa-

(1) El florin era una moneda que se usaba tambien antiguamente en España, y equivalia á un real de á ocho; mas despues ha entrado en la clase de monedas imaginarias: todavia subsiste con valor efectivo en algunas partes de Europa, aunque varia segun los reinos.

dor, por cualquier título que sea, *L. 18. §. 1 ff. ad S Ctam. trebell. §. 669.*

§. DCLIII. 3º Con igual facilidad se satisface á la última pregunta, á quiénes se cercena esta cuarta? Basta una regla : á todo el que por última voluntad recibe algo por título singular, se disminuye esta cuarta. Luego puede disminuirse á los legatarios que son fideicomisarios singulares, á los cuales Justiniano igualó en un todo con los legatarios, §. 606. 2.; y tambien á los donatarios por causa de muerte, porque esta donacion se asemeja á las últimas voluntades, §. 456. Al contrario, no siendo la donacion entre vivos última voluntad, sino pacto, es evidente que no se estiende á ella la disposicion de la lei falcidia.

§. DCLIV. Resta la IIIª parte de este título, que trata de las causas por las que cesa la lei falcidia. De estas causas se cuentan aquí once : 1ª si el marido dejase la dote á la mujer; pues entónces nada puede sacar el heredero, porque la dote se debe íntegra, aunque no se hubiese legado. 2ª Cesa esta lei en el testamento del militar; porque estos están dispensados de todas las solemnidades tanto internas como esternas, §. 503. 7. 3ª En las cosas que el testador prohibió enajenar; pues ya que el legatario recibe la cosa con una carga, parecería injusto que se le gravase con otra. 4ª Si el heredero ha manejado dolosamente la herencia; pues entónces no consta el caudal de la herencia, y por tanto no puede computarse la cuarta. 5ª En los legados por causas piadosas; porque es grande el favor de que gozan estas. 6ª Cuando se ha legado la libertad, porque esta no tiene estimacion. 7ª Si el testador prohibiese sacar la cuarta. 8ª Si el heredero, ó de su libre voluntad, ó por error de derecho, pagase íntegros los legados. Pero el primero que permitió al testador la prohibicion contra el fin y reglas de esta lei, fué Justiniano en la *Nov. I. c. 2.*

9. Si procura dolosamente el heredero que falte un fideicomiso; pues las leyes jamas favorecen el dolo. 10. Si el difunto hubiese ya satisfecho en vida al heredero, dándole el valor de la cuarta falcidia. Por ejemplo: te doi este predio con la condicion que no cercenes nada á los legatarios. 11ª Si el heredero no hiciese inventario. En este caso ¿ cómo habia de sacarse la cuarta, no pudiendo constar el caudal de la herencia, sino por el inventario? (1)

TÍTULO XXIII.

DE LAS HERENCIAS FIDEICOMISARIAS, Y DEL SENADOCONSULTO TREBELIANO.

§. DCLV. Hasta aquí se han examinado dos especies de últimas voluntades; la herencia testamentaria y los legados; resta la tercera, á saber, los *fideicomisos*, de los cuales se trata en los títulos que faltan de este libro.

No podemos encargar nada á la fe de otro, sino rogándole, y de aquí resulta al momento la definicion. *Fideicomiso* es lo que se *deja con palabras de ruego ó oblicuas.*

(1) Cuando la cosa legada no tiene cómoda division, se aprecia, y de su importe se deduce la cuarta, previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraction de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado, segun disposicion terminante de la *L. 2. tit. 11. Part. 6.* Y para poder sacarla el heredero, debe hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes, pues si no lo hace, no podrá, y ademas estará obligado á pagar todas las mandas y deudas que dejó el testador, *L. 10. tit. 6. Part. 6.*; y si lo hace pagando ántes los legados que las deudas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues al heredero por lo que falte, *L. 7. del mismo tit.*

En las herencias y legados vimos que era distinto, requiriéndose en ellos palabras directas y legales, esto es, imperativas, porque legar es dar lei en sus cosas. Absurdamente obraría el legislador que usase de palabras de súplica. Por lo demas el mismo Justiniano nos manifiesta el origen de los fideicomisos, §. 1 *Int. h. t.*, inventados en fraude de las leyes (1); pues á los que no podia dejarse la herencia ó legados, se les daba algo por modo de fideicomiso. Lo cual se mudó despues por el senadoconsulto plenciano, como advertimos en los coment. á la *L. jul. y pap. pop. lib. II. cap. 6. p. 492.*

§. DCLVI y DCLVII. Ya sabemos lo que es fideicomiso: ahora se pregunta de cuántas maneras es. Se divide en *universal y singular*: *universal* es, cuando se deja á uno por via de fideicomiso, ó toda la herencia, ó parte de ella; por lo cual semejante fideicomiso se llama con propiedad en la rúbrica de nuestro título *herencia fideicomisaria*. *Singular*, cuando se deja á modo de fideicomiso una cosa singular, como el género, la especie y la cantidad. De este trataremos en el título siguiente. Respecto del universal se ha de observar aquí que requiere siempre tres personas: 1º el que deja el fideicomiso se llama *fideicomitente*: 2º aquel á quien se encarga que restituya la herencia que se le ha dejado, se denomina *heredero fideuciario*, porque en su fidelidad ha tenido

(1) El fideicomiso se cree fué usado en Roma desde Numa Pompilio, segundo rei de aquella nacion, por los que morian fuera del territorio romano, y por los que desaban dejar sus bienes ó parte de ellos á personas, inhibidas por la lei de ser herederos, pero que no obstante merecian ser remunerados por los servicios que habian hecho á los testadores. Pero estos encargos, encomendados á la buena fe y probidad de los herederos, no tenian fuerza obligatoria, y así estaba en su arbitrio cumplir ó dejar de cumplir con ellos, hasta que Augusto se la dió. Desde este tiempo los podemos considerar como unos verdaderos testamentos, en cuanto á su efecto.

singular confianza al testador. 3º Últimamente aquel á quien se entrega la herencia, es heredero *fideicomisario*, el cual sin embargo por riguroso Derecho civil no es heredero, ni sucede en los derechos del difunto, sino que solamente percibe la herencia y los bienes hereditarios, *L. 88. ff. De her. instit.*

§. DCLVIII. Esta es la primera division de fideicomisos: sigue otra, á saber, que el fideicomiso es espreso ó tácito. *Espreso* es, cuando con palabras espresas y claras se encarga á uno que restituya á otro la herencia, ó parte de ella. Por ejemplo: Sicilio ruega á Ático que entregue á Ciceron la herencia que se le ha dejado. *Tácito*, cuando no se hace mencion de restitucion, y sin embargo se encarga al heredero alguna cosa, de donde puede inferirse que debe restituirla. Por ejemplo: Ático, sé heredero, pero con la condicion de que no hagas testamento. Pues entónces es lo mismo que si hubiese dicho: ruego á Pedro que restituya la herencia á sus próximos parientes. De este modo se constituyen frecuentemente los fideicomisos de la familias ilustres, siempre que el testador grava los bienes hereditarios con el fideicomiso de que permanezcan siempre en la familia. Si pues entónces se ha establecido que el mayor de la familia posea estos bienes, se llama *seniorazgo*; si se observa el orden de suceder abintestato, de manera que siempre el hermano mayor sea preferido á los mas jóvenes, se llama *mayorazgo*. De estos fideicomisos familiares trató diligentemente Feltmano en el tratado *De pactis familiarum illustrium*.

§. DCLIX, DCLX y DCLXI. De estos principios fácilmente se infiere, 1º quién puede dejar fideicomisos, á saber, todo el que puede hacer testamento. Debe pues poder disponer de su herencia, lo que no puede el hijo de familia, el siervo, el extranjero y otros, de que se ha tratado arriba en el *lib. II. tit. 12.* 2º Por medio de quiénes se pueden dejar fideicomisos? Por medio de todos los

que recibieron la herencia ó parte de ella con el título honroso de institucion. No obstante ninguno puede ser mas cargado que favorecido; y así sería absurdo el fideicomiso, si uno fuese instituido heredero en la tercera parte, y se le encargase que entregara toda la herencia. Mas puede encargarse al fideicomisario la restitution; por ejemplo: sé mi heredero, Ticio; pero te encargo que entregues la herencia á Mevio, y que este la pase á Sempromio, y así hasta el infinito. 3º Á quiénes se puede dejar algo por fideicomiso? Á todos los que tienen la testamentación pasiva, ó que pueden ser instituidos herederos. De aquí es, por ejemplo, que si se me hubiese mandado entregar la herencia á un colegio de música, sería de ningún valor este fideicomiso, porque no puede ser instituido heredero un colegio que no está aprobado, § 549. 5. 4º Dónde pueden hacerse fideicomisos? En el testamento y codicilos; pues no siendo heredero en rigor de Derecho el fideicomisario, §. 657. 2., no es extraño que pueda dejarse en los codicilos el fideicomiso, y no la herencia. Á esto se agrega que á veces no hace uno testamento al morir, sino que deja la herencia á los herederos abintestato, y entonces puede ciertamente cargarlos con fideicomisos solo en los codicilos. Por tanto de aquí se infiere que el fideicomiso no requiere en sí ninguna solemnidad, sino solo la presencia de cinco testigos. Por mejor decir, á veces no hacen falta ni aún los testigos, si el testador, estando presente el heredero fiduciario, le encarga que entregue á otro la herencia, pues en tal caso, si niega el heredero que se le ha hecho semejante encargo, se le puede pedir un juramento, §. *ult. Inst. h. t.* 5º Cómo se pueden dejar fideicomisos? Puramente, bajo condicion, y hasta cierto dia. Y aquí se ha de notar segunda vez la diferencia entre la herencia y el fideicomiso; pues la herencia no puede dejarse desde cierto dia, §. 514. §. 9. *Inst. De hered. inst.*,

y si el fideicomiso, §. 2. *Inst. h. t.* La razon de esta diferencia se manifiesta en la regla bien conocida, de que ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, *L. 7. ff. De R. J.*; y esto sucedería, si se dejase la herencia hasta cierto dia (1); pero no, si se dejara el fideicomiso para dia determinado.

§. DCLXII y DCLXIII. Se suscita ahora una gran cuestion: ¿ está el heredero obligado á cumplir el fideicomiso? Ha de tenerse aquí presente, que antiguamente no producía este ninguna obligacion, sino que se dejaba solamente al pondonor del heredero, si queria ó no cumplir el fideicomiso. Lo cual no se aparta de los principios del Derecho, pues la sola súplica de uno nunca me obliga, á no darle palabra de que accedo, porque toda obligacion nace ó de consentimiento, ó de delito. Y ¿ habia acaso prometido el heredero fiduciario al testador que haria lo que este le suplicaba? Así se observó hasta los tiempos de Augusto, pues refiere Justiniano, que muriendo en África Lucio Léntulo, habia instituido herederos á Augusto y su hija, suplicándoles en los codicilos que entregasen varios fideicomisos; y Augusto no solo los cumplió todos, sino que por consejo del célebre jurisconsulto Cayo Trebacio, estableció que todos los herederos estuviesen obligados á prestar los fideicomisos. Como esta historia se refiere solo en las Instituciones, y ademas no se halla ningún Lucio Léntulo en los fastos consulares, algunos la juzgan manifestamente falsa. Reinesio fué el primero que dispuso esta duda en sus *Inscr. class. 10. n. 3. p. 597.*, donde claramente manifiesta por un mármol, que este Lucio Léntulo

(1) Porque hasta que llegase el dia, quedaria abandonada la herencia, pues no podia ir á los herederos abintestato á causa de haber testamento ni podia ir á los herederos testamentarios, porque no habia llegado el dia prefijado por el testador; y mientras quedaba la herencia intestada.

lo fué cónsul con Marco Mesala el año 751 de la fundación de Roma. Al principio encargó Augusto á los cónsules que apremiasen á los herederos á cumplir los fideicomisos: despues creó Claudio dos pretores fideicomisarios que no entendiesen en otros asuntos mas que en los fideicomisos, *Suet. Claud.*, c. 23. Sin embargo despues de los tiempos de Claudio se reunió la jurisdiccion de los cónsules y pretores para las herencias fideicomisarias, segun consta de Ulpiano, *Fragm. tit.* 25. §. 2. Quintil. *Inst. orat. lib. III. c. 6.*

§. DCLXIV y DCLXV. Aunque estableció esto Augusto con tan buen acuerdo, nació otro inconveniente mucho mayor, esto es, que se abandonaban la mayor parte de los testamentos, pues sucediendo el heredero en todo el derecho del difunto, está tambien obligado á pagar las deudas. Y ¿quién sería tan necio que quisiese aceptar la herencia que le constaba debía restituír, de manera que á él le quedasen solo las deudas? De aquí á la verdad resultaba que la mayor parte preferían repudiar la herencia á cargarse con las deudas y dar á otro los bienes, *L. 1. §. 2. ff. ad SC. treb.* Si se hacia esto, ni el heredero ni el fideicomisario recibían nada, y destruyéndose el testamento, venía á quedar la herencia abintestato. Lo cual, siendo contrario á los deseos de los que morían, á quienes tanto favorecían las leyes, en tiempo de Neron meditó el senado el modo de proveer de remedio á este inconveniente, formándose por consejo de aquel el senadoconsulto trebeliano en el año 814 de la fundación de Roma, en las calendas de setiembre, siendo cónsules L. Anco Séneca, cuyas obras filosóficas existen, y Trebelio Máximo. Por este senadoconsulto se estableció, 1º que si el heredero entrega á otro la herencia por fideicomiso, no pague él solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorata. Si pues se le mandaba entregar toda la herencia, tambien el fidei-

comisario tenía que pagar todas las deudas: si solo entregaba parte, tambien por razon de ella pasaban las obligaciones al fideicomisario. Así pues, si por ejemplo, el heredero tenía la cuarta parte, tambien pagaba la cuarta parte de las deudas, y lo demas correspondía al fideicomisario. Así se ha de entender el senadoconsulto trebeliano, que se describe en la *L. 1. ff. de SCto. tr.* §. 4. *Inst. h. t.*

§. DCLXVI, DCLXVII y DCLXVIII. Ni aún así se habia salvado la dificultad, pues aunque el heredero estaba libre de carga, porque no tenía que pagar ninguna deuda, sin embargo son los hombres de tal naturaleza, que no quieren hacer nada sin esperanza de lucro. De aquí es que los herederos fiduciaros repudiaban las herencias, porque si bien no les sobrevenia daño, no obstante, entregando toda la herencia, tampoco esperaban ningun lucro. Por lo cual segunda vez pensó en el remedio el senado en tiempo de Vespasiano, no se sabe en qué año, si bien nuestro Derecho ha conservado el nombre de los cónsules. Estos eran Pegaso, el celbérrimo juriconsulto de quien recibieron su denominacion los pegasianos, y Pusio. No consta de los fastos el año en que ejercieron su dignidad, y solo sabemos que del primero de ellos tomó este senadoconsulto el nombre de *pegasiano*. Por él se establecieron dos cosas: 1ª que esté obligado el heredero á aceptar la herencia y entregarla: y 2ª que si se le manda restituír toda la herencia ó gran parte de ella, retenga salva la cuarta parte al ménos, y si no la tuviese salva, que la disminuya á ejemplo de la *falcidia*, §. 2. §. 6. *Inst. h. t.* Tales eran estos senadoconsultos. Á uno y otro les faltaba algo: el trebeliano libertaba al heredero de las cargas, pero no le concedía ningun interes; y el pegasiano le proporcionaba lucro, mas no le eximia de las deudas. De aquí es que en aquellos tiempos tenía que mirar el heredero, si le quedaba ó no salva la cuarta. Si lo primero, entregaba la he-

rencia por el senadoconsulto trebeliano; y así se dividian las deudas entre él y el fideicomisario: si no tenia salva la cuarta, la sacaba en virtud del senadoconsulto pegasiano; pero entónces tenia que pagar todas las deudas, á no ser que mediando estipulacion, obligase al fideicomisario á que se cargase con algunas. §. 6. *Inst. h. t.* En este punto entrambos podian engañarse, si era desconocida la deuda ó se dudaba cuántas habia en la herencia.

§. DCLXIX — DCLXXI. Habiéndolo advertido Justiniano, y pensado en el remedio, reunió en uno los senadoconsultos trebeliano y pegasiano. No existe la constitucion que salió á la luz con este motivo, habiéndose perdido con el Código justiniano; pero el §. 7. *Inst. h. t.* contiene su disposicion en breves palabras; á saber, 1º que se tuviesen en adelante por uno solo los dos senadoconsultos, de suerte que abolido el nombre de senadoconsulto pegasiano, se llamase solo trebeliano; lo que sin duda le agradó así por favorecer mas á los sabinianos que á los proculyanos, de cuya escuela habia sido uno de los principales secuazes Pegaso. De aquí es que en el día no existe en las Pandectas el título *De SCto. pegasiano*, sino solamente del trebeliano. 2º Que la cuarta que ha de sacar el heredero(1), se llama trebeliánica, y no pegasiana, no obstante que ántes llevaba este último nombre. En cuanto á lo demas, de aquella mezcla de se-

(1) La cuarta trebeliánica nunca se puede sacar de la legítima de los hijos: bien que como de esta no puede disponer el padre, no dejará, respecto de ellos, herederos fideicomisarios, ni tampoco de los legados destinados á causas piadosas, *L. 4. tit. 11. Part. 6.* Ni el heredero que por error pagó los legados íntegros, puede sacar la cuarta despues de los demas, á no aparecer grandes deudas que no sabia él pudieran existir. Ya se sabe que los hijos, como herederos, pueden sacar no solo la cuarta, sino toda la herencia, excepto el quinto, y si son en cantidades, todo ménos el tercio de que pudo disponer el testador.

nadosconsultos se sigue: 1º que el fiduciario puede sacar la cuarta, si no la tuviese salva, ó si la pagase por error de hecho, puede repetirla por la condicion *indebiti*, § 7. *Inst. h. t.* Dijimos que se habia introducido á ejemplo de la cuarta faleidia, entre la cual y la trebeliánica hai sin embargo estas diferencias: 1ª que aquella se saca á los legatarios y fideicomisarios singulares; esta á los fideicomisarios universales. 2ª Que en aquella solo se considera lo que el heredero recibe por el título honroso de institucion; en esta cuanto deja el testador al heredero por cualquier título, y aún los frutos percibidos de la cosa, *L. 18. § 1. L. 22. § 2. ff. ad SCtum. trebell.* Por lo demas esta cuarta la saca el heredero fiduciario, y por tanto no el fideicomisario, si se le manda entregar á otro la herencia. De aquí es que si Ticio, dejando una herencia de veinte mil florines, encarga al primer heredero que entregue la herencia al segundo, y á este que la restituya al tercero, el primero saca cinco mil y entrega quince mil; mas el segundo restituye los quince mil sin retener para sí nada, *L. 2. §. ult. ff. eod.* Aquí corresponde la famosa cuestion de si gravado el hijo ó nieto con fideicomiso por el padre ó abuelo (lo que no puede hacerse en la legítima), puede deducir aquel ademas de la legítima la cuarta trebeliánica. Por ejemplo, Ticio deja un hijo único, y le nombra heredero en sus bienes, que son treinta mil. Ahora bien, no pudiendo el hijo ser gravado en la legítima, deducirá primero su porcion legítima, esto es, diez mil. Pero se pregunta, ¿sacará tambien de los restantes veinte mil la cuarta trebeliánica? Por el Derecho canónico se afirma en los dos célebres capitulos *Rainutius* y *Rainaldus*, *X. De testam.*; mas por Derecho civil lo niega la mayor parte, aunque á mi juicio falsamente. Pues 1º en la *L. 5. C. ad SC. treb.* se dice, que ántes de sacarse la cuarta trebeliánica, se han de deducir

las deudas; y en la L. 8. §. 8. *De inoff. testam.* se llama á la legitima *cuarta de la porcion debida*, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2º Hai claros vestigios de este Derecho en la L. 6. *pr. C. SC. trebell.*, donde no solo se concede al hijo la cuarta trebeliánica, sino tambien la falcidia; por la cual se entiende en aquella lei la porcion legitima que dijimos introdujo la lei falcidia, §. 327. 2. 3º Para que se dividan las obligaciones á prorrata entre el fiduciario y fideicomisario, esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta pague de las deudas, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo cesa esta conclusion, (a) si instituído uno heredero en cosa determinada, se le mandase entregar las otras, pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario acepta forzado la herencia, pues entónces parece indigno del beneficio que las leyes conceden, por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3º Que puede ser obligado el heredero á aceptar y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*, pues si aún en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de que *estamos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro*, ¿cuánto mas obligado no estará aquel, á quien las leyes no solo libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que pueda sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la acepta voluntariamente?

§. DCLXXII. Vimos hasta aquí lo que es la cuarta trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuándo cesa esta rebaja. Cesa 1º en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse, cualquiera que ella sea, L. 7. *C. Ad leg. falcid.* 2º Si el testador prohíbe la rebaja, *Nov. 4. c. 2. §. 2.* Pero ya obser-

vámos en el §. 666. que Justiniano introdujo esta reforma contra el espíritu y contra los mismos principios de los legisladores; pues habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituído, ¿cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al Derecho introducido en favor de otro? No obstante así lo permitió Justiniano en la *Nov. 4.* 3º Si el heredero por ignorancia del Derecho entregase toda la herencia, L. 9. *C. Ad leg. falcid.*; pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente, puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo no puede hacerse otro tanto en lo que se paga por error de Derecho, L. 40. *C. L. 9. pr. ff. De jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senadoconsulto trebeliano, no puede repetir lo que paga por este error. Pero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4º Si deja de hacer inventario; y 5º si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *tit. de la L. falcid. §. 654. 40. 41.* 6º Si admitiese por fuerza la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*; de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TÍTULO XXIV.

DE LAS COSAS SINGULARES DEJADAS POR FIDEICOMISO.

§. DCLXXIII y DCLXXIV. Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*: siguen los *fideicomisos singu*

las deudas; y en la L. 8. §. 8. *De inoff. testam.* se llama á la legitima *cuarta de la porcion debida*, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2º Hai claros vestigios de este Derecho en la L. 6. *pr. C. SC. trebell.*, donde no solo se concede al hijo la cuarta trebeliánica, sino tambien la falcidia; por la cual se entiende en aquella lei la porcion legitima que dijimos introdujo la lei falcidia, §. 327. 2. 3º Para que se dividan las obligaciones á prorrata entre el fiduciario y fideicomisario, esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta pague de las deudas, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo cesa esta conclusion, (a) si instituído uno heredero en cosa determinada, se le mandase entregar las otras, pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario acepta forzado la herencia, pues entónces parece indigno del beneficio que las leyes conceden, por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3º Que puede ser obligado el heredero á aceptar y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*, pues si aún en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de que *estimos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro*, ¿cuánto mas obligado no estará aquel, á quien las leyes no solo libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que pueda sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la acepta voluntariamente?

§. DCLXXII. Vimos hasta aquí lo que es la cuarta trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuándo cesa esta rebaja. Cesa 1º en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse, cualquiera que ella sea, L. 7. *C. Ad leg. falcid.* 2º Si el testador prohíbe la rebaja, *Nov. 4. c. 2. §. 2.* Pero ya obser-

vámos en el §. 666. que Justiniano introdujo esta reforma contra el espíritu y contra los mismos principios de los legisladores; pues habiéndose inventado la cuarta falcidia y trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituído, ¿cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al Derecho introducido en favor de otro? No obstante así lo permitió Justiniano en la *Nov. 4.* 3º Si el heredero por ignorancia del Derecho entregase toda la herencia, L. 9. *C. Ad leg. falcid.*; pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente, puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo no puede hacerse otro tanto en lo que se paga por error de Derecho, L. 40. *C. L. 9. pr. ff. De jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si, por ejemplo, entrega uno toda la herencia, porque ignora que existe en su favor este beneficio del senadoconsulto trebeliano, no puede repetir lo que paga por este error. Pero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar, no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4º Si deja de hacer inventario; y 5º si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *tit. de la L. falcid. §. 654. 40. 41.* 6º Si admitiese por fuerza la herencia, §. 7. *Inst. h. t.*; de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TÍTULO XXIV.

DE LAS COSAS SINGULARES DEJADAS POR FIDEICOMISO.

§. DCLXXIII y DCLXXIV. Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*: siguen los *fideicomisos singu-*

ares, de que hablaremos con mas brevedad, por cuanto ya en el §. 606. 2. advertimos, que Justiniano igualó en un todo estos fideicomisos y los legados, de manera que no hai ninguna diferencia entre ellos en cuanto á su efecto. Todas las disposiciones pues del Derecho que notamos acerca de los legados, valen en los fideicomisos. Los que pueden legar, tambien pueden dejar fideicomisos: á los que se puede dar legados, tambien fideicomisos: las cosas que se pueden legar, tambien se dejan por fideicomiso. Para decirlo de una vez, de tal modo se han igualado los legados y fideicomisos, que seria necesario repetir aquí todo el prolijo título de los legados, si quisiésemos tratar todas las cuestiones de los fideicomisos singulares.

§. DCLXXV. Pero aunque, en cuanto al efecto del Derecho, no conozcamos ya ninguna diferencia entre los legados y fideicomisos singulares, no obstante todavia existe alguna. 1º *En las palabras*, pues los que se dejan con palabras imperativas, se llaman legados: los que con palabras de ruego, fideicomisos, §. 2. *Inst. h. t.* 2º *En el modo de dejar el fideicomiso*, pues los legados no pueden dejarse sino en presencia de cinco testigos; y en los fideicomisos no se requiere ningun testigo, si el testador ruega al heredero personalmente, que cumpla con el fideicomiso, *L. ult. C. De fideicom.* Si se pregunta, cómo puede probarse que el testador dejó el fideicomiso, si no lo presencié ningun testigo; la respuesta puede tomarse de la misma lei; á saber, se puede exigir juramento al heredero de si se le ha dejado encargado algo, y de no querer jurar, tendrá que cumplir el fideicomiso. Y si jura en falso? Entónces no hai que responder: no hai otro medio de averiguar la verdad. El juramento; como diceel Apóstol, es el fin de todo pleito.

TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

§. DCLXXVI. Nada falta de la doctrina de ultimas voluntades sino el título de *codicilos*. Trátase de ellos en este último lugar, porque así como las herencias pueden dejarse solamente por testamento, así los legados y fideicomisos se mandan tambien en los codicilos, como que son cuasi testamentos. Por tanto se ha de considerar, 1º qué significa la palabra codicilo, §. 677.; 2º cuál es el origen de los codicilos, §. 678 y 679.; 3º qué es codicilo, y de cuántas maneras, §. 680 y 681.; 4º cómo se hacen, §. 682 al 684.; 5º qué es cláusula codicilar, §. 685 al 687.

§. DCLXXVII. 1º En cuanto á la significacion, los codicilos son lo mismo que *cartas*; y así usa Ciceron frecuentemente de este vocablo, *lib. IV. Ep. 12. lib. IV. ep. 18. lib. XII. ad. Att. ep. 8.* Y de aquí es que tambien son codicilos de los principes los rescriptos ó epistolas de los emperadores, *L. 41. ff. De excus. L. A. C. Ut omn. jud. Sueton. Claud. c. 29.* No obstante al principio se denotaban con esta voz las cartas que se enviaban, no á los ausentes, sino á los que habitaban en la misma ciudad; cuyas cartas solemos hoi dia llamar *billetes*. Y á esto se refiere el elegante pasaje de Séneca que se lee en su *Ep. 55.*

§. DCLXXVIII y DCLXXIX. 2º Acerca del origen de los codicilos se ha de repetir todo lo que se dijo arriba en el §. 663. del origen de los fideicomisos; á saber, 1º que muchas veces los testadores escribian codicilos á los herederos, encargándoles en ellos que hiciesen ó diesen algo,

y estos codicilos se escribian en forma de cartas; de suerte que hasta vemos en ellos la fórmula solemne epistolar: Lucio Ticio saluda á su heredero Seyo, *L. 56. ff. De fideicomiss. hered.* 2º Asi como la epístola no obliga á nadie á que haga lo que se le encarga, igualmente estaba en la facultad de los herederos cumplir ó no con los codicilos, hasta el tiempo de Augusto. 3º Ya referimos arriba, §. 663., cómo Augusto impuso á los herederos la obligacion de hacer lo que se les encargase, esponiendo toda la historia de L. Léntulo, que nombró heredero á Augusto, y le gravó en los codicilos con varios fideicomisos. Puede añadirse aqui la disertacion del doctísimo Nicolas Gerónimo Gundlingio *sobre el jurisconsulto C. Trebatio Testa.*

§. DCLXXX y DCLXXXI. IIIº Llegamos á la definicion y division. Codicilos son *la voluntad ménos solemne de los testadores ó de los intestados.* Por tanto los testamentos y codicilos convienen en que unos y otros son la espresion de la voluntad; mas se diferencian, 1º en que el testamento es una última voluntad solemne: el codicilo ménos solemne. 2º Cuando se hace testamento, no pueden suceder los herederos abintestato; y los codicilos pueden hacerse, ya quiera uno morir testado ó intestado. 3º En que en el testamento la cabeza y fundamento es la institucion de heredero, y en los codicilos no puede dejarse heredero, y sí solamente legados y fideicomisos (1). De aqui se infiere claramente de cuántas maneras son los codicilos. Unos son *escritos*, que se reducen á escritura; otros *nuncupativos*,

(1) Como por las leyes de España se requieren las mismas solemnidades para el codicilo que para el testamento, valdrá la institucion de heredero que en él se haga, bien que entónces dejará de ser codicilo, y pasará á la categoría de testamento; pero en el codicilo cerrado no valdrá, y esto es sin duda, porque para el codicilo cerrado bastan cinco testigos, cuando en el testamento de igual clase son necesarios ocho y escribano.

que se profieren de viva voz; pues aunque los codicilos sean cartas, §. 677., y por otra parte parezca, que envuelve contradiccion que la epístola sea de palabra, no obstante ha de subsistir esta division de los codicilos, porque se ha de introducir á ejemplo de los testamentos, que tambien dijimos (§. 491.) que se dividian en escritos y nuncupativos. Ademas se ha de tener presente otra division; á saber, que los codicilos se hacen por el que muere *testado*, ó por el que queda *intestado*, §. 4. *Inst. h. t.* Aquellos son, cuando se hace testamento; estos, cuando uno muere sin hacerlo. Aquellos se llaman tambien *codicilos confirmados por testamento*, bien preceda el testamento á los codicilos, ó bien sea posterior á ellos. No importa que se haga ó no menciou de ellos en el testamento, §. 4. *Inst. h. t.*, sin que obste la *L. 5. ff. h. t.*, pues solamente quiere Papiniano que el testamento no contradiga á los codicilos hechos anteriormente.

§. DCLXXXII — DCXXXIV. IVº Tocante á los derechos de los codicilos, se derivan de su misma definicion. De ella inferimos, 1º que el que no puede hacer testamento, tampoco puede hacer codicilos, *L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. ff. De jur. codic.*; pues los codicilos no son otra cosa que testamentos ménos solemnes. 2º En los codicilos no puede nombrarse heredero, pues la institucion de heredero es solemne, y por tanto no puede hacerse sin solemnidades. De lo que tambien resulta, que ni la desheredacion ni la sustitucion pueden hacerse en los codicilos, *L. 6. pr. L. 40. ff. h. t.* Qué puede pues hacerse en los codicilos? Legar, dejar fideicomisos, donar por causa de muerte, y aún puede darse tutor en codicilos confirmados por testamento, §. 213. 2. Si se ha dado el tutor en codicilos no confirmados por testamento, no está bien dado; pero no obstante suele confirmarse por el magistrado, §. 216. Véase la *L. 3. pr. ff. De test. tut. L. 4.*

§. 2. ff. De confirm. tut. 3º Pueden hacerse muchos codicilos, con tal que no se contradigan unos á otros, §. 3. *Inst. h. t.* En los testamentos es mui diverso, porque ningun paisano puede morir con dos testamentos, §. 494. 4.; y por tanto el posterior siempre rompe el anterior; pero en los codicilos, por cuanto no disponemos de todos los bienes, fácilmente pueden tener efecto muchos de aquellos. 4º Los codicilos no exigen ninguna solemnidad. Con todo confesamos que requieren la presencia de cinco testigos, *L. 20. §. 6. ff. Qui test. fac.*, ó de seis en el codicilo del ciego, *L. 8. C. Qui test. fac.*; pero estos testigos no concurren por solemnidad, sino para prueba. De aquí es que ni debian ser rogados solemnemente, y podian serlo las mujeres (1), como demostrámos en los escolios contra el parecer del ilustre Reinoldo. Advertimos ademas que en el testamento no pueden ser testigos los herederos, y si los legatorios; al contrario de los codicilos, donde pueden serlo los herederos, y no los legatorios. La razon es, porque en el testamento se hace el negocio entre el testador y el heredero; y en los codicilos parece que es entre el testador y el legatario; y ni en uno ni otro caso puede uno ser testigo en causa propia, §. 10. 41. *Inst. de test. ordin.*

§. DCLXXXV — DCLXXXVII. Vº Resta saber qué es *cláusula codicilar*, y qué efecto tiene. Esta cláusula suele añadirse á los testamentos, y estar concebida en estos

(1) Entre los romanos se cuestionaba si las mujeres podian ser testigos en los codicilos, por no haber en sus códigos lei espresa que lo prohibiese; y como entre ellos se diferenciaba bastante este instrumento del testamento, no faltó quien asegurase podian serlo. Entre nosotros no puede haber duda, por cuanto en un todo se igualan y tienen unas mismas solemnidades, tanto que son unos segundos testamentos; y si contienen cláusulas especiales y derogatorias, se elevan á igual categoria, dejando de existir los testamentos que los precedieron.

términos: *si el testamento no fuese válido como testamento, quiero que valga en clase de codicilo*. Así se halla esta cláusula en la *L. 44. §. 3. De vulg. et pupill. subst.* Á lo que suelen añadir los escribanos: *valga como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó por cualquier otro mejor modo que pueda valer*; pero todo esto es inútil y superfluo. Con todo se atribuye á esta cláusula tanto efecto, que los pragmáticos la llaman *yerba betónica*, que sana todos los vicios de los testamentos. Sin embargo manifestámos que no sana, 1º el defecto de solemnidad interna, por ejemplo, la prétericion de los hijos. 2º El defecto de voluntad; pues, si, por ejemplo, se forzase al testador á testar, ó no estuviere en su cabal juicio, no aprovecharia esta cláusula. 3º El defecto de adición de la herencia; pues repudiada esta, queda abandonado el testamento, y se destruye, aunque contenga mil cláusulas semejantes. Qué uso tiene pues esta cláusula? Que si asisten cinco testigos, vale el testamento como fideicomiso, *L. 29. §. 1. ff. Qui test. fac. poss.* Todos los demas efectos que ponderan Gailio, Estrikio y Sandio, son meras habladurías de los jurisconsultos.

LIBRO TERCERO.

TÍTULO I. hasta el TÍTULO XIII.

DE LA ANTIGUA SUCESION ABINTESTATO.

§. DCLXXXVIII y DCLXXXIX. Aunque es costumbre de las academias pasar por alto estos trece títulos (1), porque solo comprenden el Derecho antiguo (por cuanto Justiniano, promulgado ya su Código, publicó la Nov. CXVIII, por la cual mudó toda la sucesion abintestato) sin embargo, para que no ignoremos enteramente el antiguo orden de suceder, lo explicaremos en pocas reglas, siendo la principal y el fundamento de todas las demas, 1ª que los antiguos miraban en la sucesion al estado de la familia; y por consiguiente todos los que no eran de la familia, tampoco participaban de la herencia. De aquí venia la regla 2ª de que solo se debian admitir á la herencia los hijos suyos, mas no los emancipados; porque estos ya no son parte de la familia, y por lo mismo no son admitidos á la herencia, segun la regla primera. 3ª No habiendo hijos suyos, los que entraban á suceder, eran los agnados, y si habia muchos, los mas cercanos; pues como estos son allegados por parte de padre (§. 220), solo ellos son de la familia, y no los cognados, acerca de los cuales se ha de notar la siguiente regla: 4ª los cognados no suce-

(1) En el apéndice que va al fin de este tomo, se pone una explicacion mui lata de los trece títulos primeros del libro tercero, sacada de las *Antigüedades romanas* del mismo Heineccio.

den por Derecho civil, mas con todo son llamados por el pretor juntamente con los agnados por el edicto De cognatis; pues muchas vezes el pretor daba la posesion de los bienes á aquellos á quienes las leyes civiles no admitian á la herencia (§. 65). 5ª El mismo pretor, no habiendo hijos, ni agnados, ni cognados, daba la posesion de los bienes al marido ó á la mujer por el edicto Unde vir et uxor. Pero esto se debe entender de la mujer que no habia entrado en la potestad del marido por confarreacion, coeccion ó uso; porque si habia entrado ya bajo dicha potestad, se consideraba hija de familia, y heredaba como tal (§. 416). La regla 6ª es que muriendo un liberto sin hijos la herencia pasaba al patrono, ó faltando este á sus hijos; porque considerándose el patrono como agnado, y aún como el padre del liberto (§. 414), no podia ménos de ser su inmediato sucesor. Así se sucedia por Derecho antiguo; mas como, segun dejo dicho, lo mudó todo Justiniano, resta que hablemos con mas detencion del nuevo modo de suceder.

DE LA SUCESION ABINTESTATO SEGUN LA NOVELA CXVIII.

§. DCCXLI, DCCXLII y DCCXDIII. Ante todas cosas se debe examinar en qué fundamento apoyó Justiniano el orden de sucesion inventado por él (1). Sobre esto diremos en pocas palabras, que siguió el principio (que Grocio en el lib. 2. cap. 7. refiere haber sido tambien

(1) Heineccio no define aquí la intestamentifaccion, ni dice quién se entendia por intestado, y segun la L. 1. tit. 13. de la Part. 6. es aquel que no hizo testamento, y si lo hizo, no fué con arreglo á Derecho, por lo cual no produjo efecto alguno. Esta misma lei cuenta tambien por intestado á aquel, cuyo heredero instituido en el testamento no quiere ó desecha la herencia; lo que está espresamente derogado por las leyes de la *Nov. Recop.*

admitido por otras naciones), de que con justicia debe ser inmediato á la sucesion aquel á quien parezca haber amado mas el difunto. Ahora bien, por todos los filósofos, y entre ellos por Aristóteles está observado que el amor descende; que si no tiene á donde descender, asciende; y que si tampoco puede ascender, eutónces se esparce por los lados. En efecto la esperiencia enseña que cada uno ama á sus hijos mas que á nadie, y despues de los hijos á los padres y colaterales; y el natural amor á los hijos supera tanto el amor á los padres, que hai un proverbio mui trivial que dice *mas fácil es que un padre cuide de la manutencion de veinte hijos, que veinte hijos de la de un padre*. Una vez pues admitido este principio, no pudo ménos Justiniano de establecer tres órdenes de sucesion; en términos que 1º sean admitidos los *descendientes*; no habiéndolos 2º los *ascendientes*; y faltando tambien estos 3º los *colaterales*. Subsidiariamente admitió despues de estos, ó al mismo tiempo que estos, á los *cónyuges*, y por último al *fisco* (1), en caso de no haber heredero alguno.

DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

§. DCCXLIV. Queda dicho, que ántes que todos deben ser llamados los descendientes; por los cuales entendemos aquí todos aquellos que efectiva y naturalmente son

(1) En los primeros tiempos de Roma solo habia un tesoro público, llamado *erario*, donde se reunian todos los caudales de la república destinados á sostener sus cargas; pero bajo la dominacion de los emperadores se empezó á conocer otro tesoro, cuyos caudales se destinaron para el gasto de los emperadores, llamado *fisco*; y Tiberio fué el primero que lo separó del erario: ademas los emperadores tenian sus bienes heredados ó adquiridos, y se llamaban el *patrimonio del príncipe*. Pero en la decadencia del Imperio se confundieron el erario y el fisco, y los emperadores usaron como dueños absolutos de todos los caudales públicos del Estado, tan respetados durante la república.

hijos ó descendientes nuestros, ó los reputan tales las leyes civiles. De aquí es que debe tratarse con orden y claridad de la sucesion, 1º de los legítimos, 2º de los legítimados; 3º de los adoptivos, y 4º de los ilegítimos.

§. DCCXLV. Acerca de los *descendientes legítimos* ha de observarse la regla, de que todos indisintamente suceden á sus padres. Luego no hai aquí diferencia entre los grados, pues que son llamados así los nietos como los biznietos y demas, con tal que no tengan padre que sea mas cercano. Ni tampoco hai diferencia entre los sexos, porque, si bien antiguamente las mujeres eran escluidas de la herencia por la lei *voconia* (como nos enseña Jac. Perizonio en su *Disert. de lege voconia*), la opulencia de Roma fué causa de que despues del reinado de Augusto se destruyese esta lei, segun sabemos por Aulo Gelio, *Noct. attic. lib. XXII. cap. 4*. Ademas tampoco hai diferencia alguna entre los suyos y los emancipados; pues no atendiéndose ya al estado de familia, lo mismo da que estén bajo la patria potestad que emancipados, puesto que el amor, que puso por fundamento Justiniano, no pende de tener á los hijos en su poder, sino del origen de la sangre. Por último ya no hai tampoco diferencia entre la sucesion paterna y la materna. Es verdad que por Derecho antiguo no sucedian los hijos á la madre, á no ser que el senadoconsulto orficiano los admitiese, ni tampoco las madres á los hijos ántes del Scto. Tertuliano, que admitió á las madres que tenian el derecho de tres hijos (§. 696.); pero Justiniano, que habia atendido al amor, que en las madres suele no ser menor que en los padres, quiso tambien que los descendientes sucediesen á la madre y familia materna, igualmente que á la paterna.

§. DCCXLVI. Mas aunque, como dije, suceden todos los descendientes que no tienen padre mas cercano, siu embargo no todos reciben la misma porcion. Sobre esto deben

distinguirse tres casos: 1º si hai solo hijos de primer grado, suceden por cabezas; que es decir, que se hacen tantas porciones cuantos son los hijos. Por ejemplo, en la *lám. I., fig. 1ª*, si el padre ó la madre deja cuarenta mil, cada hijo tomará diez mil, porque son del primer grado, y por eso suceden por cabezas. 2º Si solo hai hijos de grados ulteriores, todos ellos suceden por estirpes, que es decir que no se hacen tantas porciones como cabezas, sino tantas como estirpes. Verbi-gracia, en la *fig. 2ª* el primero y el segundo tomarán de la herencia de arriba diez mil; el tercero, el cuarto y el quinto diez mil; otros diez mil el sexto y el sétimo, y diez mil el octavo solo; porque habiendo en este caso cuatro estirpes, deben tambien hacerse cuatro partes ó porciones. 3º Si al mismo tiempo hai hijos del primer grado y de los ulteriores, entónces los primeros suceden por cabezas, y los últimos por estirpes. En la *fig. 3ª* el primero tomará diez mil; el segundo y tercero juntos diez mil; el cuarto solo diez mil, y el quinto, sexto y sétimo otros diez mil.

§. DCCXLVII. Así se verificaba la sucesion de los hijos en caso de ser todos de un mismo matrimonio. Y si no eran de uno mismo, sino de *diversos*? Entónces cada uno sucede solo á su padre; y la herencia del padre comun la dividen todos entre sí igualmente. En la *fig. 4ª*, por ejemplo, el tercero que es el padre, tuvo de la primera mujer al cuarto, y de la segunda al quinto; pues el cuarto solo sucede á la primera, el quinto solo á la segunda, y la herencia del tercero, padre comun, la dividen ambos igualmente.

§. DCCXLVIII. Hemos tratado de los hijos legítimos; ahora vamos á hablar de los *legitimados* (1). Y como la

(1) Segun la *L. 1. tit. 13. Part. 4.* suceden con los legítimos los legitimados por subsiguiente matrimonio, pero si lo fueren por rescripto del príncipe, no sucederán, en concurrencia de otros legítimos, á sus

legitimacion se hace hoy, ó *por subsiguiente matrimonio*, ó *por rescripto del príncipe*; en el primer caso se ha de observar la regla de que *los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden con el mismo derecho que los legítimamente nacidos*; mas por lo que toca á los legitimados por rescripto del príncipe, se debe distinguir si han sido ó no legitimados con el objeto de que sucediesen; en el último caso nada absolutamente reciben de la herencia paterna; en el primero son admitidos con tal que sean solos; mas si hai otros hijos legítimos, debe quedar á estos salva la porcion legítima. Pero si ha de decirse la verdad, este derecho no se funda en ningun testo espreso, aunque de ser esta la práctica comun, da testimonio el jurisconsulto Gailio, *Lib. II. Obs. 142.*

§. DCCXLIX. Siguen los hijos *adoptivos*, los cuales, como miéntras están bajo la patria potestad, tienen el mismo derecho que los naturales, es consiguiente que deben suceder con el mismo derecho (1). Con todo hai aquí dos cosas singulares que notar: 1ª que los adoptivos suceden al padre y á los parientes de este, mas no á la madre ni á la mujer del padre adoptivo ni á los parientes de ella; por cuanto la adopción no da el derecho de cognacion, sino tansolo el de agnacion (§. 182), *L. 22. ff. De adopt. Y*

padres, madres ni ascendientes. En la materia de mayorazgos debe advertirse, que los legitimados por subsiguiente matrimonio no son preferidos á los legítimos nacidos ántes de la legitimacion, aunque sean mayores que ellos.

(1) Los abrogados, segun nuestro Derecho, heredarán la cuarta parte de los bienes del abrogante, y el adoptivo todos, *LL. 8. y 9. tit. 16. Part. 4.* Sin embargo los intérpretes, fundados en las *leyes 1 y 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop.*, juzgan que esto debe entenderse, cuando el padre adoptivo no tuviese hijos legítimos ni naturales; y Azevedo es de parecer que aún escluirán á estos los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo. Los hijos adoptivos no eran admitidos á la sucesion de los mayorazgos, por cuanto el principal objeto de su institucion era que los bienes no salieran de la familia.

2ª que segan el Derecho feudal los adoptivos ni aún suceden á los agnados; pues como los feudos solamente recaen en aquellos á quienes llama la lei ó señor directo por el primer pacto feudal, espresado en las cartas de investidura, ya se deja conocer que no está en arbitrio del vasallo adoptar á estraños que ocupen el lugar de los hijos naturales.

§. DCCL. Entre los descendientes resta hablar de los *ilegítimos*, los cuales, como no tienen padre por Derecho romano, solo suceden á la madre, que siempre es cierta ó conocida, *L. 2. D. Unde cognat.* (f) Tal es la regla, cuyas escepciones vamos á notar, y son, 1ª que los ilegítimos no suceden al padre ni á la madre, si han nacido de incesto, ó de cópula nefanda, como que estos, segun la *Novela LXXXIX, §. 4.*, ni siquiera reciben alimentos, á lo ménos no los reciben correspondientes á la condicion ó clase de sus padres. 2ª Tampoco los espurios, esto es, los que no tienen padre conocido, reciben absolutamente nada, ni aún de la madre, si esta es de condicion ilustre. Y aqui pertenece la *L. 5. C. Ad SCTum. orphitianum*, en que con bastante ridiculez filosofa de esta manera Justiniano: *Mandamos por tanto que los hijos espurios nada reciban de sus madres nobles, ni por testamento, ni abintestato, ni por donacion entre vivos, si hai hijos legítimos, pues el que una madre noble é ilustre, que debe distinguirse particularmente por su castidad, nombre herederos á los espurios, nos parece indecoroso é injusto, y tan impropio de nuestra época, que*

(1) El Derecho romano es muy diferente en esta parte del de España; segun este los hijos naturales, no habiendo legítimos, heredan el quinto de sus padres, que han de partir con sus madres; y si no fuere bastante para sus alimentos, tienen derecho á exigir lo necesario para ellos, segun su clase y condicion. Por lo que respecta á la madre, no teniendo hijos legítimos, heredan *in totum* los naturales, porque de la madre nunca se puede dudar, y es cierta; pero si fueren de dañado y punible ayuntamiento, nada heredan.

consagramos esta lei á la honestidad á la cual siempre debe tributarse en nuestro sentir respeto y acatamiento. ; Como si fuera digna del privilegio del pudor y castidad la que manchó su ilustre nacimiento con el torpísimo desenfreno del estupro! y como si no hiciera ella á su sangre mayor injuria que el espurio á la madre! 3ª Á veces tambien sucede al padre el ilegítimo, si (a) ha nacido de mujer honesta, es decir, de concubina y de padre conocido, y (b) si no hai hijos legítimos que le escluyan; pues entónces, segun la *Nov. LXXXIX*, recibe el sextante de los bienes paternos que debe dividir con la madre.

DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

§. DCCLI y DCCLII. Dejamos dicho que no habiendo posteridad, no tiene el amor á donde descender, y que por lo mismo asciende. De aqui se infiere que la sucesion es ordinariamente recíproca, y que por tanto los padres á quienes suceden los hijos, suceden tambien á estos. Mas como el derecho de representacion no puede tener lugar entre los ascendientes, se deben observar las reglas siguientes: 1ª entre los ascendientes los mas cercanos escluyen á los mas remotos, y si son de la misma linea dividen la herencia por cabezas (1). Verbi-gracia, en la *fig. 5ª*, muerto el segundo, la herencia del primero pasa á la tercera sola (que es la madre), aún cuando en la

(1) Se advierte que este modo de suceder no es *in capita* ni en *stirpes*, sino por lineas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes, habiéndolos de ambas lineas; de suerte que, aunque haya muchos por una linea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de modo que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de parte de madre; pues toda la herencia se debe partir indistintamente, la mitad para cada linea. Véase la *L. 4. tit. 13. Part. 6.* Á no ser que en alguna parte haya costumbre de lo contrario, segun lo disponen las leyes de la *Novisima*.

misma figura hai ademas el cuarto, el quinto y la sesta (que son abuelos y abuela). Si el segundo vive aún, dividirá la herencia por partes iguales con la tercera.

§. DCCLIII y DCCLIV. Regla IIª: si solo quedan ascendientes, ellos solos son herederos. Mas si el difunto tuvo al mismo tiempo hermanos y hermanas (1) por parte de padre y madre, ó hijos de ellos, son admitidos juntamente, en términos que los padres sucedan por líneas, los hermanos y hermanas por cabezas, y los hijos de hermanos y hermanas por estirpes. Así, por ejemplo, en la *fig. 6ª* son admitidos á la herencia de Seyo el primero, la segunda, el tercero, cuarto, quinto, sexto, sétimo, octavo, nono y décimo; pero solo se hacen seis partes, una de las cuales toca al primero y á la segunda, otra al tercero; la tercera al cuarto; la cuarta al quinto; la quinta al sexto y sétimo, y la última al octavo, nono y décimo. Esta regla única y esta sola figura comprenden todos los casos que pueden ocurrir en la sucesion de los ascendientes, con tal que se añada la regla IIIª del párrafo siguiente.

§. DCCLV. Regla IIIª: los hijos de hermanos carnales son admitidos por derecho de representacion, si concurren con hermanos y hermanas carnales, porque si son solos, los escluyen los ascendientes. Por ejemplo, en la *fig. 7ª* solo el primero (que es el abuelo) recibe la herencia de Seyo, y son escluidos el segundo, y todos los demas hijos de los hermanos. En estos términos se verifica la sucesion de los ascendientes, acerca de la cual debe ademas observarse que esta herencia se llama elegantemente *luctuosa* (2), porque siendo así que de los otros he-

(1) Cuando suceden los ascendientes, aunque haya colaterales, no suceden con ellos, porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la trasversal, y mui distinta en grado, *L. 7. de Toro*, que deroga la *4. tit. 14. Part. 6.* que disponia lo contrario.

(2) En España se llamaba *luctuosa* el derecho que tenian los seño-

redes casi siempre se dice que se alegran, solo los padres suceden contra sus deseos, y mudándose el orden de la naturaleza, son herederos de aquellos, á los cuales de ningún modo querian sobrevivir.

§. DCCLVI y DCCLVII. Todavía puede moverse la cuestion, de si los padres suceden á los hijos legitimados, adoptivos é ilegítimos (1). Pero fácilmente podrá responderse á ella, si se observa lo que advertimos al principio de esta seccion, á saber, que por lo regular es reciproca la sucesion entre ascendientes y descendientes. Así pues, 1º por quanto los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden lo mismo que los legítimos, tambien los padres suceden á ellos. 2º Los arrogados y adoptivos tansolo suceden á los padres bajo cuya potestad se hallan, y no á las mujeres de estos, y por eso tambien á los adoptivos sucede el padre solo, y no la madre, que no se hace tal por la adopcion. Por quanto los ilegítimos solo suceden á la madre, de aquí es que solo esta es heredera de los hijos ilegítimos; y por la misma razon tampoco la madre ilustre puede ser heredera de los espurios, en atencion á que estos nada toman de su herencia por la *L. 5. C. De Scto. orph.* En una palabra, esta sucesion siempre es reciproca, escepto en un caso, es decir, si la adopcion es ménos plena, ó lo que es lo mismo, si un estraño adoptare el hijo ó hija de otro estraño, que entónces, aunque este hijo ó hija sucede *abintestato* al adoptante, no así el adoptante al hijo, porque esta adopcion imperfecta no da el derecho de patria potestad, §. 2. *Inst. De adopt.* (R)

res y prelados de que sus súbditos les dejasen alguna cosa al morir; que regularmente era alguna alhaja del difunto, si este no hacia testamento, ó no dejaba manda alguna en él.

(1) Se esceptúan los adoptivos, de quienes no son herederos los padres adoptantes muriendo *abintestato*, sino sus parientes mas cercanos, como terminantemente lo dispone la *L. 6. tit. 22. del Fuero real.*

DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES.

§. DCCLVIII. Cuando tampoco puede ascender el amor, la esperiencia enseña que se difunde por los lados. Por esta razon no habiendo ascendientes, entran á suceder los colaterales; pues aunque entre ellos es á veces muy tibio el afecto, y, segun el poeta, tampoco es comun el cariño de los hermanos, sin embargo nuestras leyes atienden á lo que sucede con mas frecuencia, *L. 3. y sig. ff. De legibus.*

§. DCCLIX. Tres son las reglas que acerca de los colaterales deben observarse. 1.^a *Los hermanos y hermanas de padre y madre, y sus hijos excluyen á todos los demas colaterales, en términos que aquellos suceden por cabezas, y estos por estirpes en virtud del derecho de representacion.* 2.^a *Si existen solo los hijos de hermanos y hermanas de padre y madre, suceden por derecho propio, y son admitidos por cabezas.* Es pues regla general, que no se admite en los colaterales el derecho de representacion, sino cuando los hijos de hermano ó hermana concurren con hermanos y hermanas. En la *fig. 8.^a*, por ejemplo, el primero recibe un cuadrante; el segundo y el tercero asimismo otro cuadrante; el cuarto solo un cuadrante, y los demas dividen entre sí el cuadrante que falta. Pero en la *fig. 9.^a*, por cuanto no hai hermanos ni hermanas, sino tan solo hijos de estos ó sobrinos, son admitidos estos por cabezas en virtud de su derecho propio, y por eso cada uno debe recibir la sesta parte.

§. DCCLX. Regla 3.^a : *No habiendo hermanos carnales, ni hijos de ellos, son admitidos los unilaterales, ó medios hermanos, ya sean consanguíneos, ya uterinos, con el mismo derecho que los que lo son de padre y madre, y sus hijos.* Esto quiere decir, que los unilaterales suceden por cabezas; y sus hijos, si concurren con ellos, por estirpes; y

si están solos, por cabezas; por lo cual deben repetirse aquí las figuras correspondientes al párrafo anterior. Suelen los jurisconsultos tratar sobre este punto la cuestion, de si los consanguíneos deben ser preferidos en los bienes paternos, y en los maternos los uterinos; mas segun los principios del Derecho debe resolverse por la negativa, porque tan pronto como los bienes pasaron al difunto, dejaron de ser paternos, ó maternos, y se confundieron de tal modo, que espiró enteramente la diferencia. Sin embargo de eso los estatutos de varios lugares reconocen esta diferencia, y así, por ejemplo, en la *fig. 10.^a*, si Seyo recibiere del padre treinta mil florines, y de la madre diez mil, el primero como hermano uterino tendrá cinco mil, el segundo y el tercero cinco mil, el cuarto como hermano consanguíneo quince mil, y el quinto y el sexto otros quince mil. Pero esta diferencia, como dejo dicho, no se observa por el Derecho civil.

§. DCCLXI. Regla 4.^a : *No habiendo hermanos ó hermanas, ó hijos de ellos, son llamados á la herencia los demas colaterales sin diferencia de si son varones ó hembras, agnados ó cognados; bien que los mas próximos siempre excluyen á los mas remotos, y los de un mismo grado son admitidos á un mismo tiempo por cabezas; como se puede ver en la *fig. 11.^a*, donde los que están á la izquierda son agnados, y los de la derecha cognados. Es manifesto que de todos los que están señalados con número, ninguno es admitido fuera del primero, tercero, cuarto y décimo, por cuanto solo ellos están en el cuarto grado, y todos los demas en el quinto ó en el sexto.*

§. DCCLXII. Lo mismo sucede con respecto á la sucesion de los adoptivos é ilegítimos (1), con la única dife-

(1) Por cuanto Heineccio en las sucesiones intestadas nada dice del caso en que los ascendientes y herederos laterales no son legítimos, se observarán las reglas siguientes: 1.^a Si el que muere sin ascendientes ni descendientes, fuere natural, serán sus herederos los her-

rencia de que á los adoptivos solamente suceden los agnados, no los cognados; y por el contrario á los ilegítimos solo los cognados, no los agnados. La razon de estas escepciones ya queda arriba bastante inculcada.

DE LA SUCESION DE LOS CÓNYUGES.

§. DCCLXIII. Por Derecho antiguo apénas podrá suscitarse cuestion alguna acerca de la sucesion de los cónyuges, puesto que por el rito de la confarreacion, de la coencion y del uso entraba la mujer en la potestad del marido; y por eso, como la hija de familia, lo adquiria todo para este. V. *Cic. Top. c. 4.* Muerto pues el marido, no sucedia como mujer de él, sino como hija de familia y heredera suya, *Dion. de Hal., l. 2. p. 45. Gelio, l. 18. c. 9.* Mas despues que estos ritos perdieron su vigor y dejaron las mujeres de estar bajo la potestad marital, ya no habia razon alguna para que el marido sucediese á la mujer, ni esta al marido, no siendo recíprocamente agnados ni cognados, que eran los únicos que se reputaban capaces de sucesion. Pero el pretor habia introducido un nuevo modo de suceder en el edicto *Unde vir et uxor*, por el cual queria que disuelto el matrimonio, los cónyuges que sobrevivieran, sucediesen á los difuntos, en manos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente, segun la *L. 6. tit. 13. Part. 6.*, porque los hermanos que le tocan por parte de madre, son ciertos; y los de parte de padre dudosos. 2º Si el hijo natural que muriese intestado, solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos, pero si entre estos hubiese alguno legítimo, este solo será preferido á todos, y en sentir de algunos, aún á los hermanos por parte de madre, *L. 12. tit. 13. Part. 6.* Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legítimos, sino solo naturales, le herederán solo los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escludidos, segun lo dispone dicha lei al fin de su testamento.

caso de faltar toda cognacion; pues entónces el cónyuge tomaba toda la herencia. V. todo el *tit. ff. Unde vir et uxor.*

§. DCCLXIV. Mas como de esta manera rara vez se verificaba que los cónyuges sucediesen, Justiniano introdujo en favor de ellos en la *Nov. CXVIII. c. s. y Auth. Præterea C. Unde vir et ux.* un beneficio mas pingüe, á saber, que fuesen admitidos con los demas herederos, en caso de ser pobres y el difunto rico. Pero cuánto han de recibir entónces los cónyuges? Resp. Ó los herederos son mas de tres, ó son ménos: en el primer caso reciben igual porcion que los otros herederos, y en el último la cuarta parte de todos los bienes. Sin embargo hai aquí una nueva distincion, pues ó concurre el cónyuge con hijos ó con herederos estraños. En el primer caso recibe su porcion por derecho usufructuario, y por derecho de propiedad en el segundo.

DE LA SUCESION DEL FISCO.

§. DCCLXV y DCCLXVI. El último heredero es el fisco, el cual sin embargo solo es admitido subsidiariamente, pudiendo ocupar la herencia dentro del cuadrienio, si están vacantes los bienes, esto es, si ningun cognado aparece. Y aún hai algunos estraños que son preferidos al fisco, cuales son, 1º los cónyuges, de quienes se ha hablado en la seccion anterior. 2º Los socios ó comparticipes de la liberalidad del emperador. Por ejemplo, si á mí y á Ticio nos hubiese el príncipe dado un predio, y Ticio muriese sin cognacion, yo seré su heredero abintestato en este predio, en términos de ser preferido al mismo fisco. 3º La iglesia en los bienes de un clérigo, por considerarse que el difunto la amó sobre todas las cosas. 4º El regimiento (*vezillatio*) en los bienes del soldado, que no

hizo testamento ni dejó cognados, aunque es costumbre que el centurion tome para sí de esta herencia el mejor caballo ó las mejores armas. 5º Todos los colegios ó corporaciones lícitas, si un miembro de ellos muriese sin cognacion. No obstante cualquiera echa de ver con facilidad, que todos estos casos son rarísimos (1).

(1) Bien sabido es que la mujer tiene derecho á la mitad de los gananciales, y á que se le pague su dote, arras, donaciones esponsalicias, etc.; pero cesa la disposición de la lei de Partida, por la cual, no habiendo pariente por linea transversal hasta el décimo grado, llamaba el marido á su mujer, pues hoy ademas de que no pasa del cuarto grado, tampoco puede el marido llamar á su mujer, *L. 7. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Reop.*: Así es que en este caso entra el fisco, aunque es dudoso si este grado se deberá computar canónica ó civilmente. Viene aquí muy bien, para complemento de la materia, decir algo de la cuarta marital, de que no hace mencion Heineccio. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual debe tomar para sí la viuda, si quedare tan pobre que no tenga con que subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la *L. 7. tit. 43. Part. 6.* Y aunque la lei solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender á los padres pobres en su caso. Véase Febrero, *Librer. De esrib. cap. 1. §. 2. n. 239.* Hoy día en vista de la *L. 1. tit. 8. lib. 5.*, que es la *6. de Toro*, hai bastante razon para dudar que pudiese tener lugar tal parte: fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la congrua sustentación, y con mucha mas razon el padre que debiera administrar los bienes de sus hijos. Con todo hai algunos ejemplos de haberla declarado el Consejo en algunos recursos que se siguieron ante él en juicio contradictorio.

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar donde fallezcan, inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para el entierro y funerales, dando cuenta á la real Audiencia del distrito, para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los haya, no recaen los bienes en el fisco, *L. 31. tit. 1. Part. 6.*

Por reales órdenes de 29 de noviembre de 1796 y otra de 1804, á los religiosos de las órdenes que podian poseer bienes, les estaba permitido ser herederos por por testamento; pero se les prohibia suceder abin-

TITULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. DCCLXVII. Quanto hasta aquí llevamos explicado, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*; pues hemos visto los modos de adquirir el *dominio*, *lib. II. tit. 4. y*

testato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y á todos sus derechos temporales, con arreglo á la real pragmática de 6 de julio de 1792. Esta *pragmática* se halla derogada ahora por el *decreto de 26 de junio 1822, restablecido en 27 de enero de 1837*, en el que se dispone, que « todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea *ex-testamento*, ó bien *abintestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas ántes de la época espresada; cuya disposicion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciacion ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en religion. » Y el artículo 38 de la *lei de 29 de julio de 1837* sobre estincion de regulares concede igual facultad á las monjas que permanezcan en sus conventos desde el 8 de marzo de 1836.

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y en el órden sabido; pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la real Hacienda, por la real cédula de 12 de junio de 1801; y segun el *decreto de 30 de diciembre de 1820* hai otras diferentes deducciones, que el mismo espresa.

Los parientes que suceden abintestato, no por eso están esentos de invertir algunos bienes en favor del alma del difunto. Mas para que se sepa cuánto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y herederos. Estos ó son legítimos y forzosos ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado,

hizo testamento ni dejó cognados, aunque es costumbre que el centurion tome para sí de esta herencia el mejor caballo ó las mejores armas. 5º Todos los colegios ó corporaciones lícitas, si un miembro de ellos muriese sin cognacion. No obstante cualquiera echa de ver con facilidad, que todos estos casos son rarísimos (1).

(1) Bien sabido es que la mujer tiene derecho á la mitad de los gananciales, y á que se le pague su dote, arras, donaciones esponsalicias, etc.; pero cesa la disposición de la lei de Partida, por la cual, no habiendo pariente por linea transversal hasta el décimo grado, llamaba el marido á su mujer, pues hoy ademas de que no pasa del cuarto grado, tampoco puede el marido llamar á su mujer, *L. 7. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Reop.*: Así es que en este caso entra el fisco, aunque es dudoso si este grado se deberá computar canónica ó civilmente. Viene aquí muy bien, para complemento de la materia, decir algo de la cuarta marital, de que no hace mencion Heineccio. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual debe tomar para sí la viuda, si quedare tan pobre que no tenga con que subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la *L. 7. tit. 43. Part. 6.* Y aunque la lei solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender á los padres pobres en su caso. Véase Febrero, *Librer. De esrib. cap. 1. §. 2. n. 239.* Hoy día en vista de la *L. 1. tit. 8. lib. 5.*, que es la *6. de Toro*, hai bastante razon para dudar que pudiese tener lugar tal parte: fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la congrua sustentación, y con mucha mas razon el padre que debiera administrar los bienes de sus hijos. Con todo hai algunos ejemplos de haberla declarado el Consejo en algunos recursos que se siguieron ante él en juicio contradictorio.

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar donde fallezcan, inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para el entierro y funerales, dando cuenta á la real Audiencia del distrito, para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los haya, no recaen los bienes en el fisco, *L. 31. tit. 1. Part. 6.*

Por reales órdenes de 29 de noviembre de 1796 y otra de 1804, á los religiosos de las órdenes que podian poseer bienes, les estaba permitido ser herederos por por testamento; pero se les prohibia suceder abin-

TITULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. DCCLXVII. Quanto hasta aquí llevamos explicado, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*; pues hemos visto los modos de adquirir el *dominio*, *lib. II. tit. 4. y*

testato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y á todos sus derechos temporales, con arreglo á la real pragmática de 6 de julio de 1792. Esta *pragmática* se halla derogada ahora por el *decreto de 26 de junio 1822, restablecido en 27 de enero de 1837*, en el que se dispone, que « todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea *ex-testamento*, ó bien *abintestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas ántes de la época espresada; cuya disposicion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en religion. » Y el artículo 38 de la *lei de 29 de julio de 1837* sobre estincion de regulares concede igual facultad á las monjas que permanezcan en sus conventos desde el 8 de marzo de 1836.

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y en el órden sabido; pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la real Hacienda, por la real cédula de 12 de junio de 1801; y segun el *decreto de 30 de diciembre de 1820* hai otras diferentes deducciones, que el mismo espresa.

Los parientes que suceden abintestato, no por eso están esentos de invertir algunos bienes en favor del alma del difunto. Mas para que se sepa cuánto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y herederos. Estos ó son legítimos y forzosos ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado,

sig.; hemos visto cuáles sean las *servidumbres*, lib. II. tit. 3-5.; hemos también considerado prolijamente el *derecho hereditario*, que compete bien por testamento, bien abintestato, lib. II. tit. 40. — lib. III. tit. 43. Ahora debiera hablarse del *derecho de prenda*; mas no sé por qué casualidad ha omitido enteramente Justiniano esta especie en su *Instituta*, sin decir mas que algunas cosas pertenecientes al contrato de prenda, lib. III. tit. 45. Ya tomaremos nosotros de las Pandectas lo necesario

ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exequias funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes, L. 14. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo preñido por la lei ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligación de invertir todo el quinto, segun el argumento de dicha L. 14 del referido código de la Nov. Recop. Lo mismo se debe decir de los herederos trasversales del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario por no poder ó no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribución del quinto íntegro dentro del año, segun ordena la L. 43. del mismo título, que dice así: « Cuando el comisario no hizo testamento ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin hacerlo, los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder, que hubiesen de heredar sus bienes abintestato; ios cuales en el caso que no sean fijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes, por su ánima del testador: lo cual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, manlamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo. » La razon de esta disposición es, porque se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos, porque solo habla del que últimamente se ha explicado.

para llenar en su lugar oportuno este vacío: pasemos ahora á hablar de los *derechos á la cosa*, que son la otra especie del derecho de las cosas, §. 531. Mas como todo derecho á la cosa nazca de una obligación, se trata solo de las obligaciones en esta última parte del lib. III. y en el principio del lib. IV.

§. DCCLXVIII. Se pregunta pues, qué cosa sea obligación? Y se responde, que es un vínculo del Derecho que nos constituye en la necesidad de pagar alguna cosa, es decir, de hacerla ó prestarla. Pero esta definición la miran por lo regular con desprecio los presumidos sin fundamento de entendidos, y reprendem principalmente que definamos la cosa por medio de una simple traslación ó metáfora; y aún se dejan decir, llevados de la gran sutileza de su ingenio, que vínculo del Derecho es el lazo con que se ahorca á los ladrones. Lindamente! el reparo es gracioso y la objecion está mui bien discurrida! Las cosas morales tan léjos están de poder espresarse con vocablos propios, que la misma voz obligación es una palabra metafórica. Y ¿qué adelantamos pregunto yo, con la definición que recomiendan ellos como verdaderamente filosófica, de que la obligación es una cualidad moral pasiva, por la cual se impone la necesidad de dar ó hacer alguna cosa? ¿Como si esta definición no fuese mas oscura que la cosa definida! Quede pues sentada la nuestra, de la cual se deriva desde luego el axioma de que la obligación no sale, de la persona; y así nunca se puede intentar acción contra un tercero, sino solo contra el que se ha obligado; que es en lo que consiste la diferencia entre el derecho á la cosa, y el derecho en la cosa, de que hemos hablado arriba en el §. 333. 2.

§. DCCLXIX. De la definición pasamos á las divisiones; la primera de las cuales es que las obligaciones son ó meramente naturales, ó meramente civiles, ó mistas. El

es inherente

fundamento de toda obligacion es la lei: por consiguiente si la obligacion nace del Derecho natural, sin que concurra el Derecho civil, será meramente natural. Por ejemplo, el Derecho natural dicta que los pactos se deben cumplir; mas como el Derecho civil no hace obligatorios los simples pactos, por eso se dice que la obligacion que resulta, es meramente natural. Si por el contrario introduce el Derecho civil una obligacion, á la cual se opone, ó que no admite el Derecho natural, se llamará meramente civil. Por ejemplo, lo que se ha prometido por miedo, segun el Derecho civil estricto se debe cumplir, porque la voluntad forzada al fin es voluntad, conforme á los principios de los jurisconsultos estoicos, *L. 24. §. 5. ff. Quod met. caus.* Mas por cuanto el Derecho natural no admite una obligacion arrancada así por la fuerza y por el miedo, se dirá que esta obligacion, es meramente civil. Por último si ambos Derechos, el natural y el civil, prescriben cierta obligacion, esta será mista. Por ejemplo, el comprador está obligado por Derecho civil y natural á pagar el precio prometido, y por eso se puede llamar mista esta obligacion. Las mistas son verdaderas obligaciones, como que producen todo el efecto de tales: las civiles no tienen ningun efecto, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*; y por último las naturales aprovechan para oponer escepcion, mas no para intentar accion.

§. DCCLXX. Otra division, ó por mejor decir subdivision, es que unas son *civiles* y otras *pretorias* (1). Son civiles las que se derivan del Derecho civil, esto es, de

(1) En España no se conocen las acciones pretorias, porque no hai esta clase de magistrados; pero en su lugar habrá aquellas que se deducen de los edictos que los jefes políticos, capitanes generales, alcaldes constitucionales y demas autoridades dan para el buen gobierno de su provincia.

las leyes, plebiscitos, senadosconsultos, constituciones de los principios y respuestas de los jurisconsultos. Y por el contrario, pretorias son aquellas que vienen del edicto del pretor ú otros magistrados; pues en general se llama pretorio todo lo que trae su origen de los magistrados, aún de los procónsules y ediles, porque en los primeros tiempos de la república todos los magistrados romanos se llamaban pretores, de *præeundo*, ir delante, porque iban precedidos de los lictores. La obligacion, por ejemplo, del vendedor y del comprador de tomar sobre sí la culpa leve, es civil, porque procede del Derecho civil; pero la obligacion del vendedor de volver á tomar la cosa viciosa y restituir el precio, es pretoria, porque se deriva de un edicto edilicio.

§. DCCLXXI. Sigue la tercera division, de que unas obligaciones nacen *inmediatamente* de la equidad natural, y otras *mediatamente* de algun hecho obligatorio. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que exijan algo por este principio: *estás obligado á hacer lo que no te daña y aprovecha á otro*; y tambien *estás obligado á lo que exige la recta razon*. Por eso, v. gr. el poseedor está obligado por la regla primera á exhibir la cosa al dueño; y por la última lo está el padre á alimentar al hijo, aunque no haya mediado hecho alguno obligatorio. Cuando la obligacion nace de un hecho, ó este es *licito* ó *illicito*: el licito consiste en el consentimiento, y el ilícito en un delito. De aquí una nueva division de la obligacion, esto es, que unas nacen *de convencion*, y otras *de delito*. De los delitos hablaremos en el libro IV.; ahora tratemos solamente de las convenciones.

§. DCCLXXII y DCCLXXIII. Convencion, que en nuestro Derecho tambien se llama pacto, es el *consentimiento de dos ó mas personas que se avienen sobre alguna cosa que deben prestar ó hacer*. Decimos 1º que es *consentimiento*,

porque de otra manera no habria ningun hecho obligatorio. Decimos 2º que es consentimiento *de dos ó mas*, porque v. gr. en el contrato de sociedad, pueden pactar ó convenirse ciento ó mas personas. Decimos ademas 3º que *se avienen*, porque mientras no convienen en una misma cosa los contratantes, no se puede decir que hai verdadera convencion. Y finalmente añadimos *sobre alguna cosa que deben prestar ó hacer*; acerca de lo cual advertimos, que bajo la afirmacion se comprende asimismo la negacion, pues tambien hai pactos de no prestar ó no hacer, los cuales se llaman *remisorios*.

§. DCCLXXIV, DCCLXXV y DCCLXXVI. La convencion se divide en *contrato* y en *pacto*: el origen de esta division se deba traer solo del Derecho romano, como que segun él no producian acciones los pactos, sino los contratos. Estrañan esto algunos, y acusan la perfidia de los romanos, por haber contra el Derecho natural quitado á los pactos toda obligacion. Pero en esto agravian su prudencia, porque ellos no enseñaban que los pactos no debiesen observarse, ántes tenian por un pérfido y un malvado á aquel que no los guardaba. Á proposito de esto dijo con elegancia Séneca *De benef. lib. 5. c. 21. Quæ lex ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, alligat? Quæras tu cum eo, qui non præstat, et fidem datam nec servatam indignabor*. Si por los pactos no concedian accion, esto consistió en que las mas de las vezes aseguran los hombres no haber pactado seriamente: por lo cual Eucion en la *Aulul. de Plauto, act. II. scen. 2.*, dice:

At scio quo vos pacto soleatis perplexari:

Pactum non pactum est non pactum autem pactum, quod vobis iubet.

Pues para que los hombres no anduviesen perplejos y cavilosos, establecieron los romanos que la confianza de los ciudadanos se fundase, no en los pactos, sino en los contratos; que es lo mismo que decir, que para que los hombres no pudieran alegar que no habian consentido

seriamente, introdujeron la estipulacion solemne, mediante la cual naciese plena obligacion. Esto lo ha espresado mui bien Edm. Merilio, en la *Obs. LVII. c. 39. Del simple pacto*, dice, *no resultaba accion entre los ciudadanos romanos, porque ellos habian obligado la palabra en los contratos de los negocios, no en los pactos puros; y así es que no habian fijado fórmula alguna en que se hablase de los simples pactos, cuando por el contrario su manera vulgar de quedar obligados, se hacia por medio de una estipulacion espresada con ciertas palabras determinadas, L. 2. De oblig. et act. Y si la omitian los que pactaban, se creia que lo habian hecho, mas bien por divertirse que para obligarse*. Pues ¿en qué se diferencian los pactos y los contratos? Esto ya lo enseñó en su tiempo Cujacio, *l. 11. Obs. c. 15*, cuando observa que la verdadera y genuina definicion está virtualmente contenida en la *L. 7. §. 1, 2. ff. De pactis*; á saber, que *contrato* es la convencion que tiene nombre ó causa. Luego *pacto* será la convencion que ni tiene nombre ni causa. Para la inteligencia de estas definiciones debe saberse, qué cosa sea nombre, y qué causa. Por nombre entendemos aqui lo palabra que produce una accion del mismo nombre; y por causa se entiende alguna cosa presente, de la cual nace obligacion segun las leyes. Así, por ejemplo, la venta tiene nombre, porque de ella nace la accion de *compra y venta*. La estipulacion tiene nombre y causa: nombre, porque de ella nace la accion de *lo estipulado*; y causa, porque medió la solemnidad de palabras, á que dieron las leyes fuerza de obligar. Por el contrario la donacion no tiene nombre ni causa, porque ni se da accion de *lo dado*, ni hai cosa alguna presente, sino que tan solo se promete para lo futuro, sin que intervengan solemnidades.

§. DCCLXXVII. Los pactos, distintos de los contratos, se subdividen en *simples* y en *calificados* (1), ó como lla-

(1) Se advierte que por nuestro Derecho en virtud de la *L. 4 tit.*

man bárbaramente los glosadores, *vestidos*. Los *simples*, que son aquellos que subsisten dentro de los puros límites de la convencion ó consentimiento, no producen obligacion civil, ni accion alguna; los *calificados* son los que ya producen accion, aunque no son contratos, v. gr. los esponsales contraídos sin estipulacion eran un pacto *simple*, porque no resultaba de ellos ninguna obligacion ni accion. Pero el que algunos pactos sean *calificados*, y produzcan obligacion y accion, proviene de que á unos les asiste la lei, á otros el pretor, y á otros los contratos á que han sido añadidos incontinenti. Aquellos á los cuales asiste la lei, se llaman *legítimos*, y de ellos nace la condicion *de la lei*, segun aparece por la *L. 35. C. de Donat.* Aquellos á que asiste el pretor, se llaman pactos *pretorios*, cuales son la *hipoteca* y el *dinero prometido* (*constituta pecunia*), que producen acciones del mismo nombre; á saber, la accion *hipotecaria*, que tambien se llama *cuasi serviana*, y la accion *de lo prometido*. Finalmente los pactos á que asisten contratos, se llaman *adjuntos*. Si se añaden incontinenti á contratos de buena fe ó bilaterales, producen la misma accion que por otra nace de aquel contrato. Por ejemplo, si el vendedor añadió incontinenti al contrato de compra y venta el pacto de retrovendendo convencional (*protimiseos*), de la lei comisorias, *addictionis in diem* y otros semejantes; por todos estos pactos tendrá la accion de venta. Pero, ¿y si el pacto fué añadido á un contrato de estricto derecho, ó no ha sido añadido incontinenti? Entónces solo produce escepcion, no accion, *L. 7. §. 5, 6. ff. L. 13. C. h. t.*

§. DCCLXXXVIII. Esto por lo que hace á los pactos. Los

1. *lib. 10. Nov. Recop.* no se conoce distincion entre pactos simples y calificados, como la habia entre los romanos. Así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho, produce obligacion, siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad: pues no se necesita alguna en virtud de dicha lei.

contratos, que se diferencian de ellos, se dividen en *verdaderos* y en *cuasi contratos*; y el fundamento de esta division pocos juriconsultos lo examinan atentamente. Unos dicen que los cuasi contratos nacen del consentimiento tácito, como si los contratos tácitos no fuesen verdaderos contratos. Otros lo hacen derivar de las varias figuras de causas; pero estas palabras que se encuentran en la *L. 4. ff. De obl. act.*, son tan oscuras, que de ninguna manera pueden servir para la definicion. Algunos, y entre ellos Pagenstechero en sus *Aphor. lib. 3. §. 145*, definen el cuasi contrato, diciendo que es la obligacion que ni nace de contrato, ni de delito, ni de cuasi delito. Pero fuera de que esta definicion, tomada del principio de las *Inst. De oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, es negativa, y por lo mismo tan oscura como la cosa definida, se sigue manifiestamente de ella el absurdo de que todos los pactos legítimos son cuasi contratos. Vestenbergio en el *tit. De pactis. §. 54* lo define de este modo: cuasi contrato es un hecho no torpe, del cual nace obligacion, sin que medie convencion alguna. Pero aún envuelve oscuridad esto de que la obligacion puede nacer sin convencion; y así nosotros discurrimos de esta manera: todo contrato está fundado en el *consentimiento*: el consentimiento ó es *verdadero* ó *fingido*, es decir, *presunto*: del verdadero nacen los verdaderos contratos, y del presunto, ó de un hecho, los cuasi contratos. Mas no se ha de creer que sin ninguna razon fingen las leyes que alguno ha consentido, no habiendo prestató su consentimiento; ántes bien hai principalmente tres reglas de equidad natural, de las que se infiere este consentimiento: 1^a *nadie sin razon muy poderosa debe querer enriquecerse con perjuicio de tercero.* 2^a *Quien quiere lo antecedente, debe querer lo consiguiente.* 3^a *Cualquiera parece aprobar aquello que promueve su utilidad.* Véanse nuestras *ff. par. I. §. 362.*

§. DCCLXXIX. Los verdaderos contratos son *nominados* ó *innominados*. Los nominados tienen nombre y causa, y por eso siempre producen una acción del mismo nombre. Los innominados tienen causa, pero no nombre; y así es que no producen acción del mismo nombre, sino una acción general deducida *del hecho, ó de las palabras espresadas (in factum ó præscriptis verbis)*. Podráse objetar el contrato estimatorio, el cual, no obstante que es un contrato innominado, produce la acción estimatoria. *V. rubr. ff. De æstim.* Pero á esto se responde que también esta acción estimatoria es la misma acción *de las palabras espresadas (præscriptis verbis)*, y por esta razón en la *L. 1. pr. ff. ejusd. titul.* se la llama *acción estimatoria (præscriptis verbis)*. Dichos contratos innominados son cuatro: *doi para que des (do ut des)*; que unas veces se llama *permuta*, y otras contrato estimatorio: *doi para que hagas (do ut facias)*: *hago para que des (facio ut des)*; y *hago para que hagas (facio ut facias)*. Diráse que también se pudieran llamar todos los contratos nominados, *do ut des*; porque ¿qué otra cosa viene á ser la compra y venta sino un *doi para que des?* y ¿qué otra cosa el alquiler de los trabajos ó servicios, sino el contrato *hago para que des?* Á esto se satisface diciendo, que entre los contratos nominados y los innominados média también la diferencia de que en aquellos interviene dinero contado y en estos otra cosa distinta del dinero; ó si este se da no está determinado por la convención, ó por lo ménos no es estipendio, sino honorario. Así pues, si por ejemplo digo: te doi dinero, para que me des un libro, es una compra y venta. Pero si nos convenimos en darte yo á ti este libro, para que tú me des á mí otro, este será el contrato innominado, *doi para que me des (do ut des)*. Y así también, si dice un sastre: te haré un vestido por tanto dinero, será el salario por una obra; mas si dijere; te haré un vestido

con tal que me des trigo; ó con tal que me hagas unos zapatos; ó si un profesor dijese que por el honorario esplicaría públicamente en un colegio, estos serian contratos innominados.

§. DCCLXXX. Además, como todos los contratos deben tener causa, es decir, alguna cosa presente, de la cual nazca obligación según las leyes (§. 776), se pregunta, cuántas y cuáles son estas causas. Á lo cual se responde que son cuatro; á saber, *entrega de la cosa, palabras solemnes, instrumentos y consentimiento*. Luego en esto se atiende siempre á lo que perfecciona el contrato y lo concluye; y así los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se llaman *reales*, cuales son el *mutuo, comodato, prenda y depósito*. Los que se perfeccionan por medio de palabras solemnes, se llaman obligaciones de palabras ó contratos *verbales*; de los cuales solo queda uno por Derecho nuevo, á saber, la *estipulación*, porque por el antiguo, á mas de esta obligación de palabras, habia la declaración de la dote (*dictio dotis*), y la promesa jurada de servicios que solian hacer los libertos: *V. Cujac. Inst. lib. II. tit. 9. §. 3.* El que se termina por medio de instrumentos públicos, se llama contrato *literal*, y Justiniano fué el primero que lo redujo á la forma que hoy tiene. Finalmente los contratos que se perfeccionan con el solo consentimiento, se llaman *consensuales*, y son cinco, á saber, compra y venta, locación, conducción, enfiteusis, sociedad y mandato.

§. DCCLXXXI. Réstanos la última división de los contratos, según la cual unos son *unitales* y otros *bilaterales*. No se llaman así por las personas contrayentes, porque de esta manera todos los contratos serian bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si se obligan ambas, el contrato es bilateral; si se obliga una sola, unilateral: así, por ejemplo, en la compra y venta se

obligan ambos contrayentes, y en el mutuo tansolo uno. Los unilaterales se llaman tambien *de estricto derecho*, y los bilaterales de *buena fe*; lo cual no ha de entenderse como si se dijera, que en los contratos de derecho estricto no es necesaria la buena fe. El verdadero sentido es, que en los contratos de derecho escrito no se puede pedir nada mas de lo que espresamente se ha prometido, y que por el contrario en los contratos de buena fe se debe tambien lo que no se ha espresado, con tal que asi lo exija la equidad. Por ejemplo, en el mutuo no se piden usuras, á no ser que se hayan prometido, porque es contrato *de estricto derecho*; pero en la compra y venta, el comprador solamente por su tardanza en dar el precio debe dar usuras, por ser *de buena fe*, este contrato.

§. DCCLXXXII. De aquí se infiere fácilmente por qué algunos contratos producen dos acciones, y otros solo una. Efectivamente, como en los bilaterales están obligados ambos contrayentes, por precision debe haber dos acciones, por cuyo medio puedan compelerse reciprocamente á hacer aquello que es debido. Y por el contrario, en atencion á que en algunos contratos, como el mutuo, no está obligado á nada el acreedor, sino solo el deudor, de aquí es que no compete mas que una accion, á saber, *la condicion de lo cierto por el mutuo*. Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son por ambas partes *directas* ó se llama una de ellas *directa* y la otra *contraria*. Son ambas directas, siempre que la obligacion de entrambos contrayentes nace ya en el momento de celebrarse el contrato; y una directa y otra contraria, siempre que uno de los contrayentes queda obligado por el mismo contrato, y el otro por lo hecho despues. En la compra y venta, v. gr. ambos contrayentes se obligan desde el principio por el mismo contrato, y la accion *de lo comprado* y la accion *de lo vendido* son directas. Mas en el mandato el manda-

tario se obliga, es verdad, por el mismo contrato y desde el principio; pero el mandante no está obligado sino por lo despues hecho, es decir, si el mandatario hiciese gastos por él, ó sufriese perjuicio por el mandato; por cuya razon es directa la accion contra el mandatario, y al revés, contraria la accion contra el mandante. Acerca de estas acciones contrarias hai una regla mui general, que es, *que toda accion contraria se da para indemnidad*.

§. DCCLXXXIII y DCCLXXXIV. En materia de contratos ocurre la célebre cuestion del resarcimiento de daños, acerca de la cual discurren con bastante sutileza los jurisconsultos romanos; razon por que alguna vez no los entienden nuestros doctores. Sin embargo aclaró muchísimo esta doctrina la escelente disertacion de Heur. Cocceyo *De culpis præstandis*. Nosotros entrando en materia, decimos, que *daño* es todo lo que disminuye nuestro patrimonio. Esto se verifica ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito*: por *dolo*, si interviene engaño ó malicia; por *culpa*, si se peca por descuido ó imprudencia; y finalmente, por *caso fortuito*, si el daño procede de la divina Proviencia á la cual no puede resistirse.

§. DCCLXXXV. En cuanto al dolo, hai solamente una regla que observar, á saber, *que se debe pagar siempre y en todos los contratos*; lo cual es tan cierto, que aún cuando hayan pactado los contrayentes que no se responda del daño causado por dolo, este pacto no vale, porque incitaria á uno de los dos á pecar, *L. 23. ff. De reg. jur.* Y aún en algunos contratos no basta que el que ha pecado por dolo, lo pague, sino que ademas es infame: tales son *la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato, L. 4. ff. De his qui not. infam.* Establécenlo así las leyes, porque estos cuatro contratos solo se hacen con amigos, al paso que los demas se entablan con cualquiera; y es la cosa mas vergonzosa que un amigo engañe á otro amigo bajo las aparien-

amistad. Á propósito de lo cual dijo elegantemente Ciceron *pro Quinto Roscio, comædo, c. 6.*: *Si qua sunt privata iudicia summæ existimationis, et pæne dicam, capitis: fiducia (bajo cuya palabra comprende el mandato y el depósito), tutelæ, societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* No mas que una es la regla que hai acerca del caso fortuito: *nadie está obligado à responder del daño proveniente de caso fortuito, l. 23. ff. De R. J.*; porque ¿quién ha de imputar al hombre lo que dimana de la voluntad de Dios, por la que se gobiernan todas las cosas? Puede no obstante suceder que alguno tenga que pagar el caso fortuito, 1º si espontáneamente lo ha tomado sobre sí; 2º si fuese moroso en entregar ó restituir; y 3º si su negligencia dió ocasion al caso fortuito. Estas son las escepciones que ponen los doctores, aunque si hemos de confesar la verdad, lo que en estos tres casos se paga, es la culpa, no el caso fortuito.

§. DCCLXXXVI y DCCLXXXVII. Mas complicacion hai con respecto á pagar la culpa, porque los juriscultos la miden y compasan, por decirlo así, y la dividen en *lata, leve y levisima*. El fundamento de esta division es la diversidad de diligencia que se observa en los padres de familia. Los hai sumamente avaros y vigilantes, que andan siempre con cien ojos, sin poder dormir ni estar tranquilos hasta registrar los mas ocultos rincones de su casa. Pues de los que no imitan la nimia diligencia de estos, se dice que cometen *culpa levisima*. Hai tambien padres de familia malbaratadores de su hacienda, á quienes no concedió la naturaleza ni adquirir, ni conservar lo adquirido, sino que son unos derrochadores sempiternos. De los que imitan su desidia ó los esceden en negligencia, se dice que cometen *culpa lata*. Hai finalmente padres de familia fru-

gales, parcos, no avaros, liberales, no disipadores. Los que no imitan su diligencia, son reos de *culpa leve*.

§. DCCLXXXVIII. Estas definiciones facilitan bastante la inteligencia de las siguientes reglas que se observan en el resarcimiento de daños causados por culpa. 1ª Cuando para el uno es la ventaja y para el otro solo la molestia, aquel paga la culpa levisima, y este la lata. En el depósito, por ejemplo, el depositante paga la culpa levisima, porque percibe toda la utilidad; y el depositario la lata, porque á él solo se le sigue molestia. 2ª Cuando la utilidad de ambos contrayentes es igual, entónces se satisfacen reciprocamente la culpa leve; como se verifica en la compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y prenda. 3ª El que voluntariamente se ofreció á un contrato en que se requiere muchísima diligencia, con razon debe pagar la culpa levisima en la agencia voluntaria (*in negotiorum gestione*). 4ª El que espontáneamente ofreció á otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata, como sucede en el género de liberalidad que se llama *precario* (1).

§. DCCLXXXIX. Baste lo dicho acerca de las obligaciones en general: si se ha estudiado con atencion, todos los capitulos que quedan hasta el fin del libro, serán facilisimos de entender. No tratándose en la *Instituta* de los contratos innominados, hablaremos de los nominados; y como estos se dividen en reales, literales, verbales y consensuales, se esplicarán los primeros en el titulo inmediato.

(1) Nada tenemos que añadir á la doctrina que en esta parte sienta Heineccio, porque la misma, sin variacion alguna, está recibida en la *L. 5. tit. 6. Part. 1.*, el argumento de la *L. 3. tit. 2. Part. 3.* y la *L. 11. tit. 33. Part. 7.*

TÍTULO XV.

DE QUÉ MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR LA COSA.

§. DCCXC. Habiendo ya considerado en general qué cosa sea obligacion, contrato y sus especies, pasamos ahora á hablar de la primera especie de contratos nominados, es decir, de los *reales*, aunque tambien todas las obligaciones resultantes de contratos innominados, y aún de delitos, dimanen de una cosa, *L. 4. ff. De obl. act.* Llamamos contratos reales á aquellos que no se perfeccionan ni producen obligacion sino despues de la entrega de la cosa. Este punto lo ilustra mui bien la *L. 6, 8. ff. De verb. obl.*, donde se pone el caso de que si uno hubiese prometido dar dinero prestado, de esta promesa no nacia la condicion por el mutuo, por no haberse verificado aún la tradicion ó numeracion del dinero; sino la condicion por lo estipulado.

§. DCCXCI. Entre estos contratos que dimanen de la tradicion de la cosa, hai cuatro de la clase de los nominados: *mutuo, comodato, depósito y prenda*. Digo de la clase de los nominados, porque, como ya he advertido, todos los innominados tienen tambien por fundamento una cosa: en efecto no habria contrato (sino pacto) si alguno dijese: daré, para que des: haré, para que des ó hagas; pero habria contrato, si dijese: doi, para que des ó hagas, ó hago, para que des ó hagas. Luego es claro que se funda en una cosa.

§. DCCXCH. El primero es el *mutuo*, que en las Pandectas se llama *res credita*, por lo cual hai un tit. *De rebus creditis*; no obstante que el mismo Ulpiano advierte que todos los contratos pueden llamarse cosas entregadas,

L. 1. ff. De reb. cred. El mutuo es fácil de definir, diciendo que es un contrato, por el cual se da á alguno una cosa consumible, de modo que se haga suya, y haya de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto en el mismo género. Decimos que este contrato versa sobre *cosas consumibles*, que es lo mismo que decir, sobre cosas que constan de peso, número ó medida, esto es, que se venden; porque si la cosa que se entrega, no es consumible, entónces no será mutuo, sino comodato. Decimos que en este contrato *la cosa entregada se hace del que la recibe*, pues en esto se diferencia tambien el mutuo del comodato, en el cual solo se trasfiere el uso; y del depósito, porque en este tampoco se trasfiere mas que la custodia. Por último añadimos que el deudor ha de restituir *otro tanto* en el mismo género, porque de esta manera se distingue de los demas contratos reales, á saber, del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

§. DCCXCHII. Con esto ya podrán entenderse fácilmente los siguientes axiomas: 1º *no hai mutuo, á no ser que se entregue ó se finja entregar dinero ó otra cosa consumible*; porque sin la tradicion no se puede concebir ningun contrato real; y decimos que la cosa debe entregarse á lo ménos ficticiamente; de lo cual hai en la *L. 10. ff. De verb. obl.* el ejemplo de uno que depositó dinero, permitiendo al mismo tiempo que, si se queria, se usase de él; y dice el jurisconsulto que se hacia mutuo al instante que se tocase al dinero. 2º *El mutuo es una enajenacion, y el dominio de la cosa consumible se trasfiere al deudor*. Esta cuestion ha sido fuertemente controvertida entre Claudio Salmasio y los jurisconsultos de su tiempo, especialmente Regner, Cipriano de Oesberga y J. Wisembach. Aquel decia que el mutuo no era enajenacion, porque el dinero respecto del deudor se hace deuda. Pero estos sostienen

con razon que el dominio pasa enteramente al deudor, pues este recibe una facultad del todo libre de disponer de las cosas entregadas; tiene tambien el derecho de vindicar de cualquier poseedor, y ademas, si pèrece la cosa, perece para el deudor como dueño de ella. Sobre este punto hai leyes terminantes. *L. 16. ff. De rebus cred. L. 41. ff. eod. L. 9. ff. pr. De auct. tut. et curat.*

§. DCCXCIV y DCCXCV. De los dos axiomas arriba esplicados podemos ya sacar toda la doctrina del contrato de mutuo. 1º Si se pregunta, quién puede dar en mutuo; diremos que cualquiera que puede enajenar, y por consiguiente no puede el pupilo, porque ni tiene facultad para dar dinero, ni para cobrarlo, una vez dado. Ni aún era permitido dar en mutuo una cosa ajena, por no ser permitido tampoco enajenarla, *L. 11. ff. De reb. cred.* 2º Si se pregunta, qué obligacion nace del mutuo; ello mismo está diciendo, que pues el contrato es unilateral, solo el deudor está obligado á restituir en el mismo género la cosa que recibió. Tambien 3º es fácil de resolver la cuestion, de si puede ser obligado á pagar mas de aquello que dió. Se niega, porque la obligacion nace de una cosa; por lo cual el jurisculto Paulo en la *L. 17. pr. ff. De pactis*, dijo con elegancia: *re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est*; y no obsta el que se pueda convenir volver ménos de lo que se dió, porque cada uno puede dar lo que es suyo. 4º De lo mismo se infiere lo que debe observarse si varia el valor de la moneda. Entónces se ha de mirar al tiempo del contrato; y por consiguiente se deberá volver lo que vale en la actualidad aquello que se recibió. Si, por ejemplo, se dieron cien florines de Misria, que en el dia valen diez y ocho gruesos, por cada uno se pagarán al presente diez y ocho (1).

(1) Acerca de las personas á quienes se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mutuo, no se puede demandar lo dado, si

§. DCCXCVI. Falta hablar de la accion que nace de este contrato: por quanto el mutuo es un contrato nominado, la accion tiene el mismo nombre y se llama *accion de mutuo* en la *L. 5 C. Quibus non obi. long. temp. præscr.*, ó tambien *condiccion cierta por el mutuo*, como se dice en las Pandectas. Se da al acreedor contra el deudor, para recibir la cosa en el mismo género. Se dará tambien, para que se paguen usuras? Por Derecho romano no se da, porque ó se han prometido ó no. Si se han prometido, no se piden por la *condiccion por el mutuo*, sino por lo estipulado. Si no se han probado se prueba que se convirtió en su utilidad, *L. 3. tit. 1. Part. 5.*; y así para que quede asegurado el que da á mutuo, debe probarse la utilidad ántes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda, con cuya diligencia será bien hecho. Así lo expresa el *Febrero reformado, cap. 4. núm. 11.*

De ninguna manera se puede dar á mutuo á un hijo de familia, estando bajo la patria potestad, sea mayor ó menor de 25 años; ni está obligado á la restitucion, ni se le puede obligar judicial ni estra-judicialmente, ni á él, ni á su padre, ni á sus fiadores; y el contrato que sobre ello hicieren, es nulo, fuera de seis casos: 1º cuando el hijo es soldado: 2º cuando obtiene empleo público del rei ó concejo: 3º cuando niega que es hijo de familias, y el acreedor tiene justa causa para creerlo: 4º cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entónces ambos quedan obligados. 5º Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre le tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata: 6º cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo: pues se presume su consentimiento. Así lo dispone terminantemente la *L. 4. y 6. tit. 1. Part. 5.* Si es factor de algun comerciante con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo este; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor, á su solucion, *L. 7. tit. 1. Part. 5.*

Segun las leyes civiles y canónicas, en el mutuo no se puede exigir nada, (á no incurrir en el feo vicio de usura, reprobada por todos los derechos) y cuando mas un tanto por ciento; pero en este caso ya degeneraria el contrato de mutuo en préstamo.

meído, absolutamente no pueden pedirse, por ser el mutuo un contrato *de estricto derecho*, por el cual no puede pedirse mas de lo que espresamente se ha prometido. Y aún cuando al contrato de mutuo se haya añadido el pacto de pagar usuras, tampoco obliga este, por la razon de que los pactos añadidos á contratos de buena fe producen accion; mas no los que se añaden á contratos *de estricto derecho*, *L. 7. ff. De pactis*. Pero en el dia nadie duda que se deben pagar las usuras, aunque no se hayan prometido, si hubo morosidad; porque la diferencia entre los contratos de buena fe y *de estricto derecho*, bien que mui útil en la teórica, es poco atendida en la práctica.

§. DCCXCVII y DCCXCVIII. Sigue otro de los contratos que toman su esencia de la cosa, á saber, el *comodato*, que en la mayor parte de los idiomas se confunde con el mutuo. Estos contratos los distinguen cuidadosamente los romanos, entre los cuales el comodato es un contrato real, *por el que se da grátis una cosa no consumible, para que se use en términos que, concluido el uso, se haya de restituir la misma especie*. Se diferencia pues del mutuo en que aquí la cosa no es consumible, y lo es en el mutuo; y en que el comodato trasfiere el uso, y el mutuo el dominio. Del *precario* se diferencia en que el comodato trasfiere la cosa para un uso cierto, y el precario para uno incierto é indefinido, y por eso el precario es siempre revocable. Tambien se distingue fácilmente de la locacion y conduccion, la cual ni toma su esencia de una cosa, sino de consentimiento, ni es gratuita. Con esta definicion pues no son difíciles de entender los axiomas: 1º *el comodatario recibe una cosa ajena para un uso cierto y determinado*, pues de otra manera seria *precario*. 2º *En este contrato no es igual la ventaja y desventaja de entrambos, sino que toda la ventaja está á favor del comodatario*.

§. DCCXCIX. Del primer axioma se derivan dos conclusiones que no deben olvidarse: 1ª que la cosa dada en comodato no se puede revocar ántes de concluirse el uso; aunque esto ha de entenderse del derecho estricto, porque la equidad dicta ciertamente que si el mismo comodante necesita de su cosa, sea preferido al comodatario. 2ª Que aquel que de otra manera ó por mas tiempo del que quiere el comodante, usá de la cosa, comete hurto de uso, §. 6. 7. *Inst. De obl. quæ ex delict.* Sobre esto refieren Gelio, *lib. 7. c. 13.* y Val. Max. *l. 8. c. 2.*, el notable ejemplo de severidad, de que un amigo citado á juicio por haber llevado hasta un monte inmediato un caballo, que habia recibido en comodato, fué sentenciado como ladron.

§. DCCC. Finalmente de la misma definicion (§. 797.) inferimos 3º que este contrato no admite recompensa ó merced, porque de esta manera degeneraria en locacion-conduccion, si el uso se concediese por dinero, ó en el contrato innominado *doi para que des*, si se concediese por otra cosa. No obstante, en atencion á que el honorario (1) no es merced, por no acostumbrarse á dar por estipulacion ó pacto, subsiste el comodato, aún cuando terminado el contrato, se dé un honorario, segun se colige de la *L. 6. pr. ff. Mand.*

§. DCCCI y DCCCII. Del otro axioma se deduce, 4º que el comodatario presta ó paga la culpa levisima, y el comodante solo la culpa lata, §. 788. Sin embargo puede suceder de otra manera, porque si el comodato se hace con ventaja de ambos, v. gr. si *doi* en comodato dinero

(1) Diferenciase el honorario de la merced, en que el honorario es la satisfaccion de los servicios prestados en las artes liberales, y la merced en las mecánicas; por ejemplo, los derechos del abogado por sus escritos se llaman honorario, y la satisfaccion del trabajo del sastre por hacer un vestido se llama merced.

para hospedar á un amigo comun, los contrayentes estarían obligados á la culpa leve. Si este contrato se hace en favor del comodante, el comodatario entónces prestará la culpa lata; como sucedería, por ejemplo, si diese en comodato joyas á su esposa para que anduviese mas engalanada. El primer caso se halla en la *L. 18 pr. ff.*, y el último en la *L. 3. §. 10. ff. De commodato.* 5º El caso fortuito no lo sufre el comodatario sino el comodante, tanto porque la cosa perece para su dueño, como porque el comodatario es deudor de la especie, y queda libre de devolverla, así que perece esta. Esceptúase con todo el caso de que esto se verifique por culpa del comodatario, ó por su morosidad en restituir; y tambien paga el comodatario los daños provenidos de caso fortuito, si recibió tasada ó estimada la cosa.

§. DCCCIII, DCCCIV y DCCCIV. Falta tratar de las acciones que competen por este contrato. Como este es nominado, la accion será *de comodato*, para que sea del mismo nombre. Y por quanto el comodatario se obliga desde el principio, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la accion contraria; aquella para que se restituya y se pague la culpa, esta, como todas las acciones contrarias, para la indemnizacion.

§. DCCCVI. El tercer contrato real es el *depósito*, que es un contrato de los que toman su esencia de una cosa, por el cual uno da á otro una cosa mueble, para que la custodie grátis, debiendo este restituirla en especie al depositante, siempre que este quiera. Debe en primer lugar notarse que hablamos señaladamente de una cosa mueble, porque las inmuebles no las depositamos en poder de otro, como se dice vulgarmente, sino que las encomendamos ó encargamos á otro para que cuide de su custodia. Aquí pertenece la *L. 186. ff. De V. S.*,

donde se dice que en este contrato no se trasfiere el dominio ni el uso, sino lo custodia ó guarda de la cosa. Por lo cual si se concede al depositario que consuma la cosa fungible que se ha depositado en favor suyo, debiendo restituir otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mutuo.

§. DCCCVII. Los axiomas que rigen en este contrato son facilísimos. 1º El depósito es un contrato gratuito, porque de otro modo pasaria á ser locacion, ó el contrato innominado *doi para que des.* 2º Por el depósito solo se trasfiere la custodia; de otro manera seria, ó mutuo ó comodato. 3º La ventaja por este contrato es solamente en favor del depositante, porque es gratuito.

DCCCVIII y DCCCIX. Del primer axioma se deducen las siguientes conclusiones: 1ª que este contrato no admite merced, pero si honorario. Entre la merced y honorario hai dos diferencias; la una, que este no se determina por pacto, y la otra, que se suele dar por obras liberales; y ninguna de estas dos cosas tiene lugar en la merced. 2ª Que este contrato no se entabla sino con amigos, por cuya razon el dolo del depositario produce la nota de infamia. Efectivamente; quién confia sus cosas sino á uno, en cuya virtud y amistad ha puesto su mayor confianza? ¿Habrà pues cosa mas fea y vergonzosa que engañar á un amigo? Semejante amigo, dice Ciceron *pro Roscio, c. 39*, rompe la amistad, y hace traicion al que, por fiarse de él, fué perjudicado. En este punto eran tan escrupulosos los antiguos, que creían que hasta la intencion era castigada por los dioses, y que Glaucó con toda su familia habia sido destruido, por haber pensado en negar un depósito, aunque despues lo habia restituído. Encuéntrase esta historia en Herodoto, *l. VII*, donde tambien vemos este oráculo de Apolo:

*Glauce Epicydides, equidem expedit ad breve tempus,
Si Orco vicisse invertisseque nummos,
Dejera et evorcum, quoniam manet exitus idem.
Ast Orco natus, qui nomine, qui manibus, qui
Nullis est pedibus, rapide advenit, usquo adeo dum
Convolems omnem perdat prolemque domumque.*

Por el contrario, Plinio, *lib. 10. Ep. 97*, alaba á los primeros cristianos, *porque se reunian por las mañanas, entonaban alabanzas á Cristo Dios, y se obligaban con juramento, no á hacer males, sino á cumplir su palabra, y á no negar interpelados el depósito que se les hubiese confiado.* No debe por último pasarse en silencio la singular observacion de Casaubono en sus *Lectiones ad Theocritum*, cuando dice en la pág. 85, *que creian los antiguos que se le caian los dientes al que negaba el depósito.* No debe pues extrañarse que fuese considerado como digno de infamia el que renunciaba á la buena fe, hasta el punto de negar un depósito.

§. DCCCX. Del otro axioma, en que se dice que solo se trasfiere la custodia de la cosa, se infiere claramente, 1º que se hace reo de hurto de uso el depositario que contra la voluntad del dueño usa de la cosa depositada: 2º que sin embargo puede hacerse del depósito, ya espresa, ya tácitamente, un mutuo ó un comodato. Espresamente, si se convienen en que el depositario pueda, si quiere, usar de la cosa; tácitamente, si se entrega una cosa consumible sin que vaya cerrada ni sellada, porque entónces es claro que el depositante debe contentarse con recibir otro tanto en el mismo género, en atencion á que las cosas consumibles por su naturaleza no suelen admitir precio de afección.

§. DCCCXI. Finalmente del tercer axioma deducimos 4º que por lo regular el depositante presta la culpa levísima, y el depositario la lata. Decimos por lo regular,

porque no tiene duda que sucede de otra manera, si el depositario se ofrece espontáneamente, §. 788. 3, ó si el depósito se convierte en mutuo. En efecto, el mutuo es una enajenacion; el deudor se hace dueño, y el dueño debe tomar sobre sí el caso fortuito; por consiguiente lo mismo sucederá, cuando del depósito se hace un mutuo. 2º Con razon tambien deberá prestar mayor culpa el depositario que es moroso en restituir, y aún puede entónces suceder que cargue sobre él el caso fortuito.

§. DCCCXII y DCCCXIII. Vamos ahora despues de estas esplicaciones á indicar algunas divisiones del depósito. Uno es *simple* y otro *miserable*; aquel es el que hemos explicado arriba; este será, cuando alguno por incendio, ruína, naufragio, y en fin por alguna calamidad urgente, pública ó privada, deposita alguna cosa. Efectivamente, como es mucho mas criminal el que agrava los males de un desgraciado, por eso las leyes en este depósito conceden la accion del duplo, si en alguna manera aparece dolo en el depositario. Tambien es singular el género de depósito llamado *secuestro*, el cual se diferencia de los otros, 1º en que en los demas depósitos depositamos con nuestro consentimiento y voluntad, al paso que la secuestracion se hace contra nuestra voluntad: 2º en que el depósito tiene lugar en todas las cosas muebles, y el secuestro solo en las litigiosas (1) y tambien en las in-

(1) El depósito judicial ó secuestro se distingue de los demas, en que se hace contra la voluntad del dueño, y no se entrega, hasta que se haya finalizado el pleito, *L. 5. tit. 3. Part. 5. La L. 6. tit. 3. Part. 5* asigna cuatro casos, en los cuales puede referirse el depósito: 1º cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ó otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2º Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3º Cuando un ladrón da en guarda lo que hurtó, y su dueño previene al depositario, que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande. 4º Cuando se le entregase en depósito al mismo dueño

muebles, y á veces en los mismos hombres. Efectivamente se debe notar el caso, que en el *cap. 14. X. De sponsalibus* se halla, de una desposada que contrajo dos esponsales, la cual, persistiendo el primer esposo y durante el pleito, fué secuestrada en un monasterio ó en casa de una matrona honesta, para evitar que el segundo armase lazos á su honor. 3º Se diferencia tambien de los demas depósitos el secuestro en que aquellos son gratuitos, y el secuestro, por estar aneja á él la carga de la administracion, admite recompensa; pero ya se deja conocer que por lo regular no hai lugar á este secuestro, pues de este modo sucederia que el reo no gozaria del beneficio de posesion, la cual le corresponde hasta que recaiga la sentencia judicial. Solo pues se debe admitir en tres casos, ademas del que ya hemos visto por el *cap. 14. X. De sponsal.*; á saber, (a) si amenaza peligro de fuga y la cosa es mueble; (b) si hai miedo de armas, ó (c) de dilapidacion de bienes. Por esta razon aún en el Derecho público se reputa por sumamente odioso el que un emperador secuestre las provincias de sucesion dudosa, como consta por el ejemplo de la sucesion el ducado de Juliers, cuya historia es bastante conocida.

§. DCCCXIV — DCCCXVII. No será pues ya diffeil entender las acciones que nacen de estos negocios. La accion se llama *de depósito*, por ser de contrato nominado: la accion *directa* compete al depositante para recibir la cosa, la *contraria* para la indemnizacion. Así tambien la accion *secuestraria* que nace del secuestro, compete al vencedor en el litigio contra el depositario del secuestro, para que este dé cuentas y restituya la cosa: y la *contraria* al último contra el vencedor para la indemnizacion. Pero la accion de depósito tiene de particular, que ni la escepcion

lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como que es su dueño.

de dominio, ni el derecho de retencion, ni la compensacion tienen lugar contra ella, escepto el único caso de que se hubiesen hecho gastos en la cosa depositada, pues entónces se puede retener hasta que los gastos hayan sido satisfechos. Esta es, segun los eruditos, la razon por que en el Digesto ántes del título de depósito se trata la materia de compensaciones, por tener estas lugar en todos los contratos anteriores, mas no en el depósito.

§. DCCCXVIII y DCCCXIX. Falta el último contrato real, á saber, la *prenda*. Esta palabra tiene tres significaciones en el Derecho; unas veces denota *la misma cosa dada en prenda*; otras el *contrato* por el cual se constituye la prenda, y otras el *derecho á la cosa empeñada* que tiene el acreedor despues de la tradicion. Si se considera la prenda como derecho en la cosa, nacen de ella las acciones reales *serviana* y *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, que se da contra cualquier poseedor para recibir la posesion de esta prenda; y en este sentido se habla de la prenda en la *L. 20. ff.* Pero si se mira como contrato, como se hace en el *lib. XIII. ff.*, nace de él la accion *pignoraticia*, que solamente el deudor y el acreedor tienen entre sí. Nosotros la tomamos aquí en este último sentido, y decimos que es un *contrato real* por el que da el deudor al acreedor en seguridad del crédito una cosa, con la obligacion de que pagada la deuda, le restituya la cosa en especie.

§. DCCCXX. Esta definicion será ilustrada por los siguientes axiomas: 1º se pueden dar en prenda todas las cosas que prestan seguridad, y se hallan en tal caso todas las que tienen precio. De donde se infiere fácilmente, que las cosas sagradas y otras que están fuera del comercio, no pueden empeñarse. 2º Por este contrato solo se trasfiere la posesion natural. 3º Este contrato se hace en utilidad de ambos; del acreedor, porque recibe una seguridad; y del deudor, porque mas fácilmente halla dinero.

§. DCCCXXI. Del primer axioma deducimos, que todas las cosas pueden empeñarse, así las *incorporales* como las *corporales*, con tal que estén en el comercio y no sean litigiosas. El empeño es una especie de enajenacion, y las cosas litigiosas no pueden enajenarse. De aquí se infiere fácilmente, por qué el marido no puede empeñar el fundo dotal, aunque consienta en ello su mujer, por cuanto tampoco puede enajenar ni aún con consentimiento de esta, *pr. Inst. Quibus alien. lic. vel non.* Podrá acaso parecer que tambien las cosas ajenas pueden darse en prenda; pero esto se debe entender, si el dueño consiente, pues á no ser así, siempre tendrá derecho este para vindicar la cosa de cualquiera poseedor.

§. DCCCXXII. Del segundo axioma inferimos, 1º que no puede usar de la prenda el acreedor, á no mediar el *pacto anticrético*; que es el pacto por el cual se concede al acreedor por via de interes el uso de la prenda. Pero este pacto añadido es gravoso al acreedor, en atencion á que queda obligado á dar cuentas y restituir los frutos que ha recibido escedentes del interes legal, para que de esta manera no se introduzca el desórden usurario. Esta es la razon por que algunos aconsejan, que es mejor trasferir el dominio al acreedor con pacto de retroventa. De este modo es verdad que se libra de la carga de dar cuentas, pero tiene sobre sí otra mayor, porque es responsable del caso fortuito. Lo que sí debe tenerse presente es, que no de todos los frutos hai obligacion de dar cuenta, sino tansolo de los ciertos, cuya cantidad es la misma todos los años. 2º El mismo axioma nos enseña la diferencia que hai entre la prenda y la hipoteca. La prenda es un contrato, hipoteca un pacto pretorio; aquella lleva consigo la tradicion; esta subsiste sin ella. Por lo demas así de la prenda como de la hipoteca nace derecho en la cosa.

§. DCCCXXIII. Finalmente del tercer axioma deducimos una conclusion facilísima, y es, que ambos contrayentes están recíprocamente obligados á prestarse la culpa leve. Antiguamente pareció obstar á esto la *L. 18. §. 1. ff. De pign. act.*, en que dice Ulpiano: *se responde pues en esta accion del dolo y la culpa, como en el comodato; se responde tambien de la custodia; sin que haya otra obligacion: Venit autem in hoc actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia; vis major non venit.* Pero á esta lei restituyó su genuino sentido el sabio Noodt, mudándole una letra: En lugar de *ut lee at*, y entónces querrá decir: *se responde en esta accion del dolo y la culpa; pero en el comodato se responde tambien de la custodia, sin que haya otra obligacion: Venit in hac actione et dolus et culpa; at in commodato venit et custodia; vis major non venit.* Solamente en el caso de haber el acreedor ocupado la cosa por su propia autoridad, estará obligado á prestar la culpa levísima, *L. 30 D. De pignorat, act.*

§. DCCCXXIV — DCCCXXVI. Resta hablar de las acciones que nacen de este contrato. Ambas se llaman *pignoraticias*, por ser este contrato de la clase de los nominados. La accion pignoraticia ó es directa ó contraria; aquella se da al deudor, mas no hasta haber pagado la deuda; esta se da al acreedor, pero no ántes de haber devuelto la prenda y la satisfaccion de la culpa; y por esta, lo mismo que por toda accion contraria, se pide la indemnizacion (1).

(1) La doctrina que Heineccio establece acerca del contrato de prenda está adoptada por las leyes de la Partida, *L. 1. tit. 13. Part. 5., L. 23. tit. 13. Part. 5., L. 7. 9. 20. 21. tit. 13. Part. 5.*; pero como el autor habla mui poco ó casi nada de la hipoteca, es indispensable añadir alguna cosa. Es un pacto, por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para el cumplimiento de algun contrato. Se divide primcramente en universal ó general, y particular ó especial: la

primera es aquella, en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos, no se impide su enajenacion. La segunda es aquella, por la cual espresa y determinadamente se hipotecan algunos bienes, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercer poseedor, hasta que se estingue, *L. 1. y 5. tit. 3. Part. 5.* La hipoteca, ya sea general ó particular, se divide en otras cuatro maneras: la primera es convencional y espresa, y se llama asi, porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancia del acreedor, si bien voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica, cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por disposicion de la lei; de lo cual ya daremos los principales casos. La tercera se llamó pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (asi se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por su rebeldia para comparecer y responder á la demanda), *tit. 8. Part. 3.* La cuarta es la judicial, y se da, cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor, *L. 1. tit. 13. Part. 5.* Entre estas hipotecas se encuentra bastante diferencia; cuando es espresa ó tácita, desde que es constituida, quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que se entreguen, ó se haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y si ántes de esto ó despues fueren mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar á hipotecar á otro; pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar, *Curia Filipica, lib. 2.* Se diferencian entre si la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria, siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia; mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, es preferido á los demas que no se hallan en igual caso.

Viendo ya qué cosa es hipoteca, y cómo se divide, resta explicar, qué bienes se entienden hipotecados en la general, y cuáles son los que tienen la hipoteca tácita. En la general y obligacion de todos los bienes no solo se comprenden los presentes, que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiere, aunque no se espresen; como tambien las deudas,

derechos y acciones que tuviese á su favor, *L. 5. tit. 13. Part. 3.* Si la obligacion se hiciese, espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raizes, sin hacer mencion de las deudas, no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raizes, *Curia Filipica, lugar cit.*; pero si se empeña el título ó escritura de la cosa, se tiene esta por hipotecada, aunque no se espresen, *L. 11. tit. 13. Part. 5.*

Mas no vienen en obligacion general de los bienes el siervo ó sierva que tuviese señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enajenar, *L. 5. tit. 13. Part. 5.* Los que tienen hipoteca tácita en los bienes de otros, son los siguientes: el fisco real en la cosa que se vende, ó que pasa de unas partes á otras, por alcabala y derechos reales, que por razon de ello le son debidos; y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, bien sea el tributo ó derecho real ó personal, *L. 33. tit. 13. Part. 5.* Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contraen con él, ó cobran, ó arriendan los derechos reales, ó administran sus cosas, desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mujeres de ellos, ni en su dote, *L. 26. tit. 20. Part. 1.* La Iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas que se deben, y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen. La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaron á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de su bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y las personas que por ellos administran su tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*; mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los del magistrado que nombró el tutor. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas que haga, *L. 23. tit. 13. Part. 5. y L. 8. tit. 16. Part. 6.* Si la mujer viuda, siendo tutora, ó curadora de sus hijos, se casare otra vez, desde entónces los bienes de ella y los del con quien se casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion, *L. 26. tit. 13. Part. 5.*; y así para evadirse de esta obligacion, el segundo

marido, antes de casarse, haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. También tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la mujer, en los bienes del que la promete, desde que hace la promesa, y la misma tiene la mujer por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *L. 23. tit. 13. Part. 5.*; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *L. 17. tit. 11. Part. 4.* Del mismo modo tiene tácita hipoteca la mujer en los bienes del marido por los arras y donación *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la mujer muriesen, y el que de los dos quedase vivo, se vuelve á casar, sus bienes quedan obligados tácitamente desde entonces á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á Derecho debe conservarles, *L. 26. tit. 13. Part. 5.* El legatario, por el legado ó manda que se le han dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon ó refaccion de nave, casa ú otro edificio, invirtiéndose en esto, y constando de ello. Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella, sobre los bienes del alquilador. *L. 5. tit. 8. Part. 5.*

APÉNDICE

SACADO

DE LAS ANTIGÜEDADAS ROMANAS

DE HEINECCIO,

EN QUE SE ESPLIKAN ESTENSAMENTE LOS TRECE TÍTULOS PRIMEROS DEL LIBRO TERCERO, DE LOS QUE SOLO SE HA HADO UNA IDEA MUY EN GLOBO EN LAS PÁGS. 78 Y 79.

TÍTULO PRIMERO.

DE LAS HERENCIAS ABINTESTATO.

Cuán libre y amplia fuese entre los romanos la facultad de disponer de sus bienes, bastante se deja entender por lo que hasta aquí llevamos dicho. Mas en el caso de que alguno no hubiese usado de este arbitrio, se devolvian los bienes á los próximos parientes; y á estas herencias se daba el nombre de *legítimas* *L. 1. 2. 3. ff. De petit. heredit. L. 1. §. 8. ff. ad. SC. tertull.*, y también el de *herencias de intestados*, *Auct. Collat. leg. mos. et rom. XVI.* Pero como este orden antiguo de suceder fué mudado enteramente por leyes posteriores, y con especialidad por la Novela CXVIII, nos parece propio de esta obra esponer sobre tal punto las antigüedades romanas con toda la exactitud á que alcanzemos.

I. Los antiguos romanos en la sucesion de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecia

marido, antes de casarse, haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. También tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la mujer, en los bienes del que la promete, desde que hace la promesa, y la misma tiene la mujer por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *L. 23. tit. 13. Part. 5.*; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *L. 17. tit. 11. Part. 4.* Del mismo modo tiene tácita hipoteca la mujer en los bienes del marido por los arras y donación *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la mujer muriesen, y el que de los dos quedase vivo, se vuelve á casar, sus bienes quedan obligados tácitamente desde entonces á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á Derecho debe conservarles, *L. 26. tit. 13. Part. 5.* El legatario, por el legado ó manda que se le han dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon ó refaccion de nave, casa ú otro edificio, invirtiéndose en esto, y constando de ello. Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella, sobre los bienes del alquilador. *L. 5. tit. 8. Part. 5.*

APÉNDICE

SACADO

DE LAS ANTIGÜEDADAS ROMANAS

DE HEINECCIO,

EN QUE SE ESPLIKAN ESTENSAMENTE LOS TRECE TÍTULOS PRIMEROS DEL LIBRO TERCERO, DE LOS QUE SOLO SE HA HADO UNA IDEA MUY EN GLOBO EN LAS PÁGS. 78 Y 79.

TÍTULO PRIMERO.

DE LAS HERENCIAS ABINTESTATO.

Cuán libre y amplia fuese entre los romanos la facultad de disponer de sus bienes, bastante se deja entender por lo que hasta aquí llevamos dicho. Mas en el caso de que alguno no hubiese usado de este arbitrio, se devolvian los bienes á los próximos parientes; y á estas herencias se daba el nombre de *legítimas* *L. 1. 2. 3. ff. De petit. heredit. L. 1. §. 8. ff. ad. SC. tertull.*, y también el de *herencias de intestados*, *Auct. Collat. leg. mos. et rom. XVI.* Pero como este orden antiguo de suceder fué mudado enteramente por leyes posteriores, y con especialidad por la Novela CXVIII, nos parece propio de esta obra esponer sobre tal punto las antigüedades romanas con toda la exactitud á que alcanzemos.

I. Los antiguos romanos en la sucesion de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecia

que debian merecer al difunto mayor afecto que los demás, (principio que despues siguió Justiniano) sino de que los bienes permaneciesen en la familia, y no pasasen á otras. Así es que no llamaban á la herencia de los intestados, sino á los que eran de un mismo tronco y familia, Binkershoeck, *Obs. II. 4.* Por eso de estas herencias se decia que *volvian*, Terent. *Andr. XI. 5. v. 4: á su muerte volvieron á mí los bienes por la lei.* Á propósito de estas palabras se espresa así Donato: *este espuso el Derecho diciendo que volvieron, porque vuelven á la familia, si no hai heredero próximo ó por testamento.* Con preferencia á todos la herencia de los intestados se deferia á los herederos suyos por la leyes de las XII Tablas (1), en las cuales estaba escrito: *si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el próximo agnado tenga la familia*, Paul. *L. 9. §. 2. ff. De liber. et posthum.*, Ulpian. *Fragm. XXVI. 4.* Jac. Gothofr. *Leg. XII. Tab. Tab. V. 2.* Luego en las XII Tablas no había un capítulo particular acerca de la sucesion de los suyos, ni propiamente podia decirse que eran llamados por la lei á la sucesion, por cuanto ya por sí *é ipso jure* eran herederos, y el derecho de herederos suyos los hacia en cierto modo dueños, aún en vida del padre, §. 2. *Inst. De hæred. qualit. et differ. L. II. ff. de lib. et posthum.*; de suerte que la sucesion de ellos no tanto debe considerarse como herencia, cuanto como continuacion de dominio, Cujac. *Obs. XXV. 44.* Jac. Gothofr. *Leg. XII. Tab. Tab. V.*, Ant. Fab. *De error. pragmat. Dec. III. err. I. (2).*

(1) Y aún antes, en tiempo de los reyes, los herederos suyos eran los primeros en suceder abintestato, según Eschultingio, *Ad Ulpian. Fragn. p. 665*, que en este punto se separa de Galbano *De usufruct. VIII. 13. y sig.*, quien prefiere derivar esta lei de lo instituido por Solon.

(2) Aquí viene bien aquel pasaje de Plauto *Trinum. II. 2.*, donde

II. Se llamaban herederos *suyos* los que estaban constituidos bajo la potestad del difunto, y obtenian el lugar próximo en esta potestad: tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decenviros no habian seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitia á los hijos, y despues de ellos á las hijas á la herencia paterna, Iseo, *Orat. IX.*, porque en Roma desde un principio fueron herederos suyos con igual derecho los hijos y las hijas, Perizon. *De leg. vocon. pág. 133.* Tambien eran herederos suyos los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenia en su poder, con tal que no hubiesen de recaer en la potestad del padre, Cai. *Inst. II. 3. 6.* Paul. *Recep. sent. IV. 3. 4. sig.*, Ulpian. *Fragm. XXII. 44.*; y no era esencial que estos hijos fueran naturales ó adoptivos. Aún la mujer que estaba en la potestad del marido, y la nuera que estaba en la del hijo que uno tenia en su poder, se contaba entre los herederos suyos, según Ulpiano. *Fragm. XXII. 44.* Cayo *apud Auctorem Collat. leg. mosaic. et roman. tit. XVI. 2.* Gell. *Noct. att. XVIII. 6.* Dionys. Halic. *II. pág. 95.* En los tiempos posteriores gozaron del mismo derecho los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblacion á la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder, §. 2. *Inst. h. t. (1)*

III. Y tambien *los nacidos despues de la muerte del padre, ó los que vuelven del poder de los enemigos, ó los manumitidos de primera ó segunda emancipacion, ó aquellos*

Lisitèles, preguntado si queria socorrer con lo suyo á un amigo, le responde:

..... De meo :
Nam quod tuum est, meum est; omne meum est autem tuum.

(1) Véanse las *Ant. rom. lib. I. tit. X. n. 4. 6.* y Pith. *ad Collat. leg. rom. et mosaic. p. 790.*

cuya causa de error habia sido aprobada, aún cuando no estuviesen bajo la potestad del padre; se hacian herederos suyos, segun dice Paul. *Recept. sent. IV. 8. 7.* Para la inteligencia de este pasaje se ha de saber que trata 1º de los *póstumos*, pues estos eran herederos suyos, porque á haber nacido en vida del padre, hubieran estado bajo su potestad. 2º De *los que vuelven de la cautividad*, los cuales, á la manera de todos los demas derechos, así tambien recobraban por el postliminio los de ciudad y de suidad, §. 4. *Inst. h. t. (1)* 3º De *los hijos manumitidos de primera y segunda emancipacion ó venta*; porque si un hijo de familia, para ser emancipado, era vendido ó mancipado, y permanecia algun tiempo en esta mancipacion ó enajenacion, (lo cual podia suceder) perdía los derechos de suidad. Pero el manumitido de la primera ó segunda mancipacion los recobraba, por cuanto solamente vendido tres veces, y manumitido otras tantas, quedaba libre de la patria potestad. Al modo pues que el manumitido primera y segunda vez, siempre que no se agregase la tercera emancipacion, rompía el testamento del padre, Ulp. *Fragm. XXIII. 3.* así tambien él mismo recobraba el derecho de suceder abintestato. Cayo, *Inst. II. 8. 4.* 4º Finalmente Paulo habla tambien de aquellos, *cuya causa de error habia sido aprobada.* Es de saber que á veces por error se contraía matrimonio entre personas de desigual condicion; por ejemplo, si un ciudadano romano se casaba con una estrangera, latina ó dediticia, creyendo ser ciudadana, ó si una ciudadana romana contraía por error matrimonio con un estrangero, latino ó dediticio. Siempre que esto se verificaba, cesaba la suidad; pues los hijos procreados de semejantes nupcias no esta-

(1) Pero si moria en el cautiverio, se fingía que ántes de su muerte habia ya fallecido en la ciudad, segun la lei Cornelia, Ulp. *Fragm. XXIII. 5.*

ban bajo de la patria potestad. Mas si la causa del error habia sido aprobada, los padres igualmente que sus hijo. alcanzaban los derechos de ciudad y familia, Ulp. *Fragm. VII. 4.* Véase tambien el *Comment. ad L. jul. et pap. pop II. I. pág. 117.*

IV. Estos herederos suyos entraban todos á la particion de la herencia, siendo de notar que los hijos é hijas, secedian por cabezas, y los mas remotos por estirpes; es decir, en el lugar y porcion de su padre, §. 6. *Inst. h. t.* Ni habia diferencia alguna entre los hijos y las hijas, los nietos y las nietas, pues sin consideracion ninguna al sexo conseguian las herencias de los difuntos en iguales porciones, segun demuestra eruditamente Jac. Perizon. *Diss. De lege vocon., pág. 133 y sig.* Pero estas herencias de las hembras fueron últimamente restringidas por la lei voconia, la cual establecia, entre otras cosas, que las hembras no fuesen admitidas á ninguna herencia de los difuntos, Perizon. *l. c. p. 135.* Esta lei comprendia tambien á las herederas suyas y consanguíneas, tanto que ni aún era permitido instituir herdera á una hija única, S. Augustin, *De civit. Dei III. 21;* ni tampoco restituir una herencia dejada en fideicomiso á la hembra, para quien habia sido destinada por el testador, Cic. *De finib. II. 17.* Esta lei no solo hacia relacion á los testamentos, sino tambien á las herencias abintestato, como claramente demostró Perizon. *p. 105 y sig.;* y por eso Polibio, *Excerpt. de virt. et vit. pág. 1462,* refiriendo que Escipion el Africano habia dejado á sus hermanas la herencia materna, añade: *de la cual nada pertenecia á ellas segun las leyes;* donde por *leyes* se debe entender la lei voconia. Mas despues que dicha lei voconia quedó sin vigor por la opulencia de los ciudadanos, (Gel. *Noct. att. XX. 1.*) subsistió siempre la costumbre de que las mujeres no fuesen admitidas á las herencias legítimas, llevando ven-

taja á las consanguineas; cuya práctica hace derivar de la lei voconia el juriconsulto Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 12.*

V. Por lo que hace á las consortes, ya observámos antes §. 2, que si estaban bajo de potestad, eran herederas suyas, y por tanto sucedían al marido; lo cual manifiesta claramente Dion. Halic. II. pág. 95, donde dice, que las mujeres casadas fueron participantes de todos los bienes, igualmente que de las cosas sagradas domésticas. Y se confirma por el ejemplo de Laurencia, que habiendo muerto muy rico su marido Tarrucio, adquirió todos sus bienes, Macrobi. *Saturn. I. 10.* Plut. *Quest. roman. XXXV.*; aunque no consta si sucedió por testamento ó abintestato. Pero despues se varió esto, acaso porque no fué tan comun el que las esposas cayesen en la potestad del marido. Por lo cual en adelante las mujeres casadas no eran llamadas á la posesion de los bienes, sino por el edicto del pretor *Unde vir et uxor.* Pero de esto se tratará mas abajo.

VI. El derecho de suidad se perdía por la mayor ó média capitis-diminucion, y aún tambien por la emancipacion. Así es que los emancipados perdían toda la herencia, sin que el Derecho civil ofreciese medio alguno de que consiguiesen parte alguna de los bienes paternos, §. 9. *Inst. h. t.* Ni aun los hijos de emancipados, siendo concebidos despues de la emancipacion, eran herederos suyos respecto del abuelo, §. 9. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.*, y por lo mismo no recogían ninguna parte de la herencia abolenca, al modo que tampoco la cogían los adoptados por el hijo emancipado, Paul. *Recept. sent. IV. 8. 12.*

VII. No obstante vino en auxilio de los emancipados el pretor, movido de la natural equidad. pues por el edicto *Unde liberi* les dió la posesion de los bienes, no de otro

modo que si al tiempo de la muerte estuvieran bajo la potestad del padre, *tit. ff. Unde liberi.* De cuyo beneficio disfrutaban tambien los hijos de los emancipados, mas no sus hijos adoptivos, los cuales ni aún como quasi cognados podían pedir la posesion de bienes, Paul. *Recept. sent. VI. 6. 12.* Por dicho edicto del pretor tampoco eran llamados los mismos emancipados, si se habian dado á otros en adopcion, á no ser que ántes de la muerte del padre fuesen otra vez emancipados; porque entónces segun el Derecho pretorio recuperaban á su padre, Ulpian. *Fragm. XXVIII. 8. 10. 11. Inst. h. t.*

VIII. Todo esto fué corregido por el Derecho posterior, que llamaba tambien á los emancipados á la sucesion de sus padres, *Nov. CXVIII. 1.* (incluyendo no obstante los bienes recibidos ántes) y á los que se habian dado á otros en adopcion, *L. pen. C. De adopt.*

IX. Lo que arriba dejamos dicho, en cuanto á la sucesion de los nietos y nietas, se debe entender de aquellos ó aquellas que eran descendientes por el lado masculino; porque los nacidos de hijas (nietos), y los nacidos de nietas (biznietos), estos no eran llamados á la sucesion juntamente con los hijos é hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que acostumbraban ser nombrados entre los cognados despues de la línea de los agnados, §. 15. *Inst. h. t.* Paul. *Recept. sent. IV. 8. 10.* Tambien esto lo creyeron digno de reforma los emperados Valentiniano, Teodosio y Arcadio, *L. 9. C. De suis et legit. lib.*, los cuales mandaron, que los nietos por parte de hija sucediesen al abuelo materno y á la abuela juntamente con los hijos é hijas del difunto; pero de modo, que sólo recibiesen dos partes de la porcion materna, y la otra tercera quedase en poder de los hijos y las hijas. Esto tambien lo mudó despues Justiniano en la *Nov. CXVIII. 1. (1)*

(1) Á este Derecho lo llama bárbaro en el principio de la *Nov. XXI.*

X. También es de notar que los herederos suyos, por ser tales *ipso jure*, aunque lo ignorasen, conseguían la herencia, como los furiosos, los infantes y los que estaban viajando por países estraños: ni necesitaban de la autoridad del tutor los pupilos, ni del consentimiento del curador los furiosos, á no ser que no bastase la herencia para pagar las deudas, Paul. *Recept. sent. IV. 8. 5. y 6.*

TÍTULO II.

DE LA LEGÍTIMA SUCESION DE LOS AGNADOS.

Á falta de herederos suyos, la lei de las XII Tablas, citada en el título anterior §. 1, llamaba á la sucesion á los próximos *agnados*, y faltando estos á los *gentiles*. Por lo cual en este título trataremos de la legitima sucesion de los *agnados y gentiles*.

I. Los juriconsultos definen los agnados, diciendo ser *allegados unidos por parentesco que viene por personas del sexo masculino*, ya sea natural este vínculo, ya civil, cual es la adopcion, pues tambien por medio de esta se consiguen los derechos de agnacion, §. 2. *Inst. h. t.* Y se llaman *agnados*, como si dijéramos allegados por el padre, §. 1. *Inst. De legit. agnat. tutelá*, §. 1. *Inst. h. t.*; y tambien la llaman *cognacion legitima*, Cayo, *Inst. II. 8. 3.* y la *L. 12. §. ult. ff. De rit. nupt.* (1) Pero aún cuando esté así bien dicho, siempre que los agnados se consideren en

part. II., siendo así que el mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos á las hijas en la herencia, Num. XXVII. 8. V. Jac. Perizon. *ad L. vocon. p. 109. Seld. De success. hebr. I. p. 2.*

(1) Sin embargo, bajo otros aspectos, por *legitima cognacion* se entiende la que dimana de la adopcion, y por tanto se opone á la natural, *L. 4. §. 2. ff. De gradib. et affn.* V. Brisson. *De verb. sign. li X.* n el título *Legitimæ cognationes.*

contraposicion á los *cognados*, no obstante no basta la definicion, si hai que distinguir los agnados de los *gentiles*, porque estos tambien son cognados unidos en parentesco por personas del sexo masculino, y sin embargo en las leyes de las XII Tablas son distinguidos de los agnados. Por lo cual habremos de indagar cuidadosamente de las antigüedades romanas, quiénes fueron llamados agnados, quiénes gentiles, y quiénes por fin cognados.

II. Entre los romanos habia muchas *gentes* ó razas, unas *patricias* y otras *plebeyas* (1), segun circunstancialmente las describieron Glandorpio, Ant. Agustin, Fulvio Ursino, y los que enriquecieron la obra de este último con muchas adiciones, Carl. Patino y Vailant. Cada gente se distinguia con su nombre, y por eso una se llamaba *cornelia*, otra *sempronio*, otra *tulia*, otra *cincia*, etc. Como es lo regular que una gente se ramifique en varias estirpes y familias, habia en Roma de una misma gente muchas familias, las cuales se distinguian entre sí con sus *cognombres*: Festo p. 292, dice: *se llama gente la que se compone de muchas familias*. Así de la gente *cornelia* nacieron las familias de los *Escipiones*, *Léntulos*, *Sulas*, *Cinnas*, *Cosos* y *Dolabelas*. Finalmente, como hasta las familias se subdividiesen en nuevas estirpes, se cuidó de que estas se distinguiesen por los *agnombres*. La gente *virginia*, por ejemplo, se distribuyó en varias familias, y de aquí los *cognombres* de los *Tricostos*, *Rufos*, etc. Divididos después los *Tricostos* en diversas estirpes, nacie-

(1) Efectivamente en los tiempos mas antiguos de la república, solo de los patricios se decia que tenian *gente*. En Tito Livio, X. 6. dice P. Decio, *siempre se ha dicho lo mismo, que solo vosotros tenéis gente*. Y así es que aún entre los patricios, unos se decian *gentes mayores*, y otros de *gentes menores*, Sig. *De antiquo jure civ. rom. I. 7. p. 109.* Mas por último, habiéndose comunicado á la plebe los honores, auspicios y connubios, tambien los plebeyos recibieron los derechos gentilicios. De aquí la division de las gentes en patricias y plebeyas.

ron de aquí los agnombres de los *Rutilos* y *Celimontanos*. Por eso los romanos usaban de tantos nombres, de los cuales el primero se llamaba *prenombre* (1), que era el propio de la persona; el segundo *nombre*, que era común á toda la gente, y el tercero *cognombre*, que denotaba la familia de la misma gente; y el cuarto, por último, *agnombre*, el cual indicaba una estirpe, las mas veces de aquella familia, ó alguna hazaña, ó algun defecto ó hábito del cuerpo ó del ánimo. Así, por ejemplo, en el nombre, *A. Virginio Tricosto Celimontano, Aulo* era el *prenombre* propio de este sugeto, *Virginio* el *nombre gentilicio*, *Tricosto* el *cognombre* que designaba aquella familia de la gente virginia, de la cual descendia *Aulo*, y por último *Celimontano* el *agnombre*, que denotaba cierta familia de aquella estirpe. Véase á Carlos Sigon. *De nom. rom. pág. 1403 y 1427, edic. de Dion. Godofredo*. Por lo dicho es bien claro cuáles fueron llamados *agnados*, y cuáles *gentiles*. Todos los que venían de la misma estirpe y familia, se llamaban *agnados*; por ejemplo, todos los Escipiones eran *agnados* de P. Cornelio Escipion; mas los que descendían de la misma gente cornelia, como los Léntulos, Cosos, Cinnas, Sulas, Dolabelas, eran *gentiles*. Por eso Ciceron, *Topic. VI*, dice, que *son gentiles los que teniendo entre sí un mismo nombre, son oriundos de ingenuos, sin que ninguno de sus antepasados estuviese en servidumbre ni fuese capite-minuído*. Festo en la voz *Gentiles*,

(1) En la gente sulpicia hubo la singularidad de que muchas veces usó de dos prenombrés, uno comun, *Servio*, y otro propio de cada uno, v. gr. *Cayo*. Véase á Fulv. Ursino *De famil. rom. p. 268*, aunque parece que se equivoca este sabio, cuando cree que siempre sucedió esto en la gente sulpicia, pues el célebre juriconsulto de esta gente las mas de las veces usó solamente del *cognombre* de *Servis*, y varones muy doctos, especialmente Ever. Otton, en la vida de *Servio Sulp. cap. 1. §. 4. tom. o V. Thesaur. Jur. p. 1561*, creen que no tuvo dos *cognombres*.

pág. 292, trae estas palabras: *llámase gentil el que viene de un mismo género ó tronco, y el que lleva un nombre semejante, como dice Cincio: son gentiles míos los que tienen mi nombre*. Resulta pues que son *gentiles* todos los que usan del mismo nombre; y lo que Ciceron añade, de que deben ser oriundos de ingenuos, y no haber los antepasados estado en esclavitud, viene de que tambien los libertos tomaban los nombres y *cognombres* de los patronos, y sin embargo no eran *gentiles*. Así es que *P. Terencio Africano* no fué gentil de los *Terencios*, por cuanto no era ingenuo, al modo que *Tiron* tampoco era *agnado* de *M. Tulio*, por haber tomado este *cognombre*. Finalmente el mismo Ciceron añade, que los *gentiles* no debían haber sido *capite-minuídos*, porque la *capitis-diminucion*, aun la mínima, segun arriba queda dicho, destruía los derechos de familia.

III. Viniendo ahora á la sucesion de los *agnados*, acerca de ella se establecia en las leyes de las XII Tablas, que *si uno moria intestado, sin dejar hijos que le sucediesen, entrase á la herencia el agnado mas cercano*. Luego no eran llamados los *agnados*, á no ser cuando faltaban herederos suyos (1). Y aunque la lei conferia la herencia á todos los *agnados* á un mismo tiempo, solo se adjudicaba á aquel que, cuando se verificaba haber muerto alguno intestado, se hallaba en el grado mas cercano. En lo cual los intérpretes del Derecho se adherían tanto á lo literal de la lei, que si el próximo *agnado* cometia una omision, ó moria ántes de aceptar la herencia, no se admitía á ella

(1) Es decir, cuando faltaban de tal modo que ni aun quedaba esperanza; porque mientras se espera que algun heredero suyo pueda hacerse heredero, no hai lugar á los *agnados*: como si la mujer estuviere embarazada, ó el hijo en poder de los enemigos, *Ulp. Fragm. XXV. 3.*

á los mas remotos (1), §. 7. *Instit. h. t.*, Cayo, *Instit. II. 8. 4.*, Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 23.*, Ulpian. *Fragm. XXV. 5.* Fabrot. *ad Theoph. §. 7. De legit. agn. success.*

IV. Pero si habia muchos agnados del mismo grado, todos sucedian por cabezas, ya fuesen varones, ya hembras; pues las XII Tablas ninguna diferencia establecian en este particular entre los sexos, como advierten Justiniano, §. 3. *Inst. h. t.* y Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 22.* Despues fueron escluidas todas las agnadas, escepto las hermanas; y por eso Paulo, *Recept. sent. IV. 8. 22.*, dice: *las hembras no son admitidas á las herencias legitimas mas allá de las sucesiones consanguíneas.* V. á Ulp. *Fragm. XXV. 6.* Justiniano atribuye esta mudanza á la jurisprudencia média, *d. §. 3.*; mas Paulo dice, que esto se introdujo por Derecho civil por la lei voconia. Cómo esto deba entenderse, lo manifiestan eruditamente Periz. *Diss. de lege vocoa. pág. 406. y sig.* y Eschulting. *Jurisp. ant. pág. 412.* No obstante tambien miró por ellas el pretor, llamándolas á la sucesion por el edicto *Unde cognati, d. §. 3. Inst. h. t.*

V. No por derecho de agnacion, sino de patronato, sucedian tambien los padres á sus hijos emancipados, á quienes habian librado de su potestad ó emancipado, mediando el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Lo cual esplica elegantemente Cayo, *Inst. I. 6. 3.* donde dice: *sin embargo, habiendo sido emancipado por tercera vez el hijo, pasando de la potestad del padre natural á la del padre fiduciario, el padre natural debe cuidar de que el padre fiduciario se lo remanipe, esto es, se lo vuelva á su potestad, para que*

(1) Alej. y Jac. Oisel *ad Cajum ibid.* son de opinion, que el agnado mas remoto, escluido por Derecho civil, era llamado por el pretor, por el edicto *Unde cognati*; pero esto no sucedia mas que cuando al mismo tiempo habia algun agnado próximo, porque no habiéndole, erat llamados sucesivamente los cognados, como observa muy bien Eschulting. *jurisprud. ant. p. 139*

sea manumitido por el padre natural; con el objeto de que si muriere dicho hijo, pueda sucederle el padre natural y no el fiduciario. Sucedia pues el padre á los hijos emancipados, como patrono ó manumisor, si habia interpuesto el pacto de fiducia; pero si lo habia omitido, sucedia con el mismo derecho el padre fiduciario. Sin embargo el pretor, movido despues de la equidad natural, llamaba al padre natural á la posesion de los bienes por el edicto *Unde decem personarum, §. 1 y 2. Inst. De bon. poss.*

VI. Todo esto fué variado posteriormente por el Derecho introducido principalmente por Justiniano, porque en primer lugar se confundieron los derechos de agnacion y cognacion, *Nov. CXVIII. 4.* Ademas tambien los agnados mas remotos, repudiando la herencia los mas próximos, fueron despues llamados por la constitucion, de que habla el emperador en el §. 7. *Inst. h. t.* Por lo que toca á las agnadas, les dió Justiniano el mismo derecho de que gozaban los agnados, aún cuando no fuesen consanguíneas. *L. penult. C. De legit. hered.* Finalmente tambien habia necesidad del pacto de fiducia despues que Justiniano, por virtud de su constitucion, ordenó que las emancipaciones se supusiesen siempre hechas, como si mediase el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Y aún toda la diferencia que en razon de la sucesion habia entre los suyos y los emancipados, la quitó tambien del todo el mismo Justiniano en la *Nov. CXVIII. 2.*

VII. Á falta de agnados, las leyes de las XII Tablas llamaban á los gentiles, pues dijeron los decenviros: *si no hai agnados, tengan la herencia los gentiles,* Ulp. *Fragm. XXV. 4.* La lei pues de las XII Tablas iba en progresion de la casa á la familia, y de la familia á la gente, sin duda con el fin de que los bienes, si sucediesen los cognados, no pasasen á otra gente, Binkersh. *Obs. II. 4.* De esta sucesion de los gentiles habla tambien Ciceron, *De*

orat. I. 38.; de donde se infiere que en su tiempo aún no habian caído en desuso las sucesiones gentilicias, así como tambien de César refiere Suetonio, *Jul I.*, que habia sido multado por Sila en la dote de la mujer y en las herencias gentilicias. Pero sin duda las debia de haber abolido el edicto del pretor, que llamaba tambien á los cognados á la sucesion, cuando Ulp. *ibid.* y Cayo, segun el autor de la *Collat. leg. mosaic. et rom. XVI. 2.* testifican, que ya en su tiempo habia caído en desuso dicha sucesion de los gentiles.

TÍTULO III.

DEL SENADOCONSULTO TERTULIANO.

Como las madres no tenian bajo su potestad á los hijos, ni podian ser contadas entre los agnados, á no ser que ellas mismas estuviesen bajo la potestad de los maridos, era consiguiente, segun los principios del Derecho romano, que la sucesion tampoco fuese mutua entre las madres y los hijos. Mas despues se consideró esto como repugnante á la equidad y conmiseracion; por lo cual miraron por el interes de unos y otros los legisladores posteriores, y especialmente los dos senadoconsultos, de que vamos á tratar en este y en el siguiente título.

I. Efectivamente en primer lugar el pretor, siguiendo la equidad natural, llamó á las madres á la sucesion de sus hijos, y á estos á la sucesion de las madres, por el edicto *Unde cognati, pr. Inst. h. t.*

II. Despues tambien el emperador Claudio, compadeciéndose de la afliccion de las madres, para consuelo de la pérdida de sus hijos, defirió á las madres las herencias legitimas de ellos, §. 1. *Inst. h. t.* Á lo cual suele referirse

aquel lugar de Suetonio, *Claudio, XIX*: á los fabricantes de naves para el comercio concedió varias prerogativas segun la condicion de cada uno; al ciudadano la vacacion de la lei *papia poepea*; á los latinos el derecho de caballeros romanos; á las hembras el derecho de cuatro hijos. Pero este pasaje no puede referirse al derecho de suceder concedido á las madres de tres ó cuatro hijos en los bienes de estos, puesto que esto se introdujo despues en tiempo de Adriano, sino á la escusa de la tutela concedida á las madres que tenian esta circunstancia, como es de inferir de Ulp. *Fragm. XXIX. 3.*, Eschultingio, *Annot. ad. h. l. pág. 677.* Es probable, segun observó Cujacio, *Not. poster. ad §. 1. Inst. h. t.*, y con él J. de Costa, que este beneficio de Claudio mas bien fué personal, que no un derecho comun concedido á todas las mujeres.

III. Por fin aquella áspera sutileza del Derecho civil fué quitada del todo por el *senadoconsulto tertuliano*, sobre cuya fecha apenas puede establecerse cosa cierta en medio de la grande oscuridad de los fastos consulares. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice haber sido hecho en tiempo de Divo Adriano. Mas en atencion á que en el imperio de Adriano ningun cónsul aparece en los fastos llamado *Tertulio*, siendo así que por el contrario en tiempo de Antonino, hácia el año del Señor de 158, se mencionan los cónsules *Tertulo* y *Sacerdos*, sospechó Cujacio, *Not. prior. ad Inst. h. t. (1)*, que en aquel párrafo de la *Instituta* se debe entender Antonio Pio, quien á veces lleva el prenombre de Adriano, adquirido por adopcion. Véase la lei 37. *ff. De judic. junct. L. 5. §. 1. ff. ad L. jul. De vi publ. L. 91. ff. Ad L. falcid. junct. L. 93. ff. eod. L. 58. §. 3. ff. Ad senatusconsultum trebell. (2)*. Pero dudo

(1) Así tambien opinan Hotom. *De leg. p. m. 457.*, y Vic. Gravina, *De leg. et senatusconsul. LXXXIII. p. 655 y sig.*

(2) Añade Cujacio otro ejemplo, á saber, la epístola de Divo Adriano

que con esto quede la cosa del todo decidida. Es verdad que en tiempo de Adriano no aparece en los fastos consulares ningun Tertulio cónsul; pero ¿quién ignora que en un mismo año se sustituían muchos cónsules de los cuales raras veces se hace memoria en los fastos consulares? En nuestro mismo Derecho se hace mención de los cónsules *Tertulo y Máximo*, L. 29. §. 5. *Ad leg. jul. De adult.*, de los cuales sin embargo nada hablan los fastos, ni se sabe de fijo el año de su consulado. Por otra parte es mui raro el que se confundan los nombres de Adriano y Antonino; ni parece que sin gran fundamento deba entenderse uno por otro. Pudiera creerse que favorece la opinion de Cujacio el que Zonáras XII. *pág.* 593., dice haber una lei de Antonino Pio, en la cual se establecía que muriendo intestados los hijos, en caso de carecer de hijos ellos mismos, dejasen á los padres la porcion legítima. Pero nadie que esté algo enterado en la historia del Derecho, puede ignorar cuán falso es todo esto (1), porque ya mucho ántes de los tiempos de Pio se había concedido al padre la sucesion abintestato en los bienes del hijo emancipado, y ya ántes le competía la queja de inoficioso; y que el derecho de la cuarta, para escluir la

sobre el beneficio de division concedido á los fiadores, §. 4. *Inst. De fidejuss.* L. 26. *De fidejuss.*, pues tambien cree que esta es de D. Pio, atendiendo á la L. 49. §. 1. *ff. De fidejuss.* Pero que esto sea falso, se infiere de que dicha epistola de Adriano fué comprendida en el Edicto perpetuo, Paul. *Recept. sent. I.* 24. 4. Por lo cual debe creerse que ya existía ántes del imperio de Antonino Pio.

(1) Lo mismo debe creerse de la narracion del *Chron. pasch. ad ann. CLXXVI.*, donde dice su autor haberse establecido entónces que el padre sucediese abintestato á los hijos, y que al hijo ingrato se le dejase cierta cantidad de los bienes paternos. Pero ya demostró Jac. Godofredo, *ad L. I. C. theod. De infirm. pœn. calib. et orb.*, cuán raras veces esponen con exactitud los historiadores recientes todo lo que pertenece al Derecho,

queja de inoficioso, era mas antiguo, ya lo hemos observado arriba en el *lib. II. tit. XVIII. XIX. §. 7.*

IV. Por todo lo dicho parece lo mas seguro sentar que el senadoconsulto *tortuliano* fué realmente hecho en tiempo de Adriano; pero que ha perecido la memoria de los cónsules sustituidos, bajo los cuales se formó, sin que tampoco su fecha pueda con facilidad fijarse. Parece averiguado que el senadoconsulto *tortuliano* es mas antiguo que el *orficiano*, pues ántes debió mirarse por las madres acerca de los bienes de sus hijos, que no por los hijos respecto de los bienes maternos. La razon de esto, que Vinio en el principio de la *Inst. De senatusconsulto orphit.* confiesa ignorar, ha sospechado el sabio Ant. Eschultingio *ad Ulp. Fragm. XXVI. 8. pág.* 669. ser el que la madre, queriendo, podria usar de commiseracion por medio del testamento; cosa que muchas veces no seria fácil á los hijos á causa de la edad. Por cuanto pues seria mas frecuente el que las madres quedasen sin participar de la herencia de los hijos, que no los hijos sin la de la madre, piensa el citado Eschultingio no ser estraño, que el senado haya pensado ántes acerca de la sucesion de las madres que de la de los hijos.

V. Por lo demas el senadoconsulto *tortuliano* establecía, que la madre ingenua que tuviese el derecho de tres hijos, y la libertina de cuatro, fueran admitidas á los bienes de sus hijos ó hijas muertos abintestato, aún cuando dichas madres estuviesen bajo la potestad de su padre, con tal que, estando sujetas á potestad ajena, aceptasen la herencia con orden de la persona que las tuviese bajo su poder, §. 2. *Inst. h. t.*

VI. Se concede pues este beneficio á la madre, mas no á la abuela, segun espresa claramente Justiniano en el mismo §. Ni gozaban de este beneficio todas las madres indistintamente, sino tansólo las que tenían el derecho

de los hijos, de que hemos tratado arriba en el *lib. 1. tit. XXV. §. 2. sig.* Con efecto las madres ingenuas necesitaban de tres hijos; las latinas que habian conseguido el derecho quirritario, de otros tantos, y las libertinas de cuatro, si querian suceder en los bienes de sus hijos, Paul. *Recep. sent. IV. 9. 1. y 7. 8.* Ademas era preciso que estos hijos estuviesen vivos (1), y hubiesen nacido en el sétimo mes cuplido, ó en el décimo, pues no valian los nacidos prematuramente, como tampoco tres gemelos (2), ni los infantes monstruosos (3), ni los dados á luz por medio de aborto espontáneo ó producido con medicamentos, Paul. *l. c. §. 4. sig.* Pero todos los defectos, y aún la misma orfandad, eran suplidos por beneficio del príncipe, por cuyo medio hasta conseguian el derecho de los hijos las que nunca habian parido; de lo cual hablámos arriba en el *lib. I. tit. XXV. núm. 8.*

VII. Tambien debe observarse que este senadoconsulto preferia á las madres todos los hijos del difunto que estaban en la clase de herederos suyos, ya fuesen de primero ó de ulteriores grados, y aún los emancipados, como que el pretor los llamaba con antelacion á la madre para la posesion de los bienes. Era igualmente preferido el padre, á quien por la misma lei pertenecia la herencia ó la posesion de los bienes por el edicto *Unde legitimi*, ó *Unde decem personarum*. Finalmente hasta el hermano consanguí-

(1) En efecto los muertos no aprovechaban, así como tampoco en la lei popea, *L. 129. ff. De V. S.*

(2) Á no ser que los infantes hubiesen ido raciendo con ciertos intervalos, de que hai ejemplo en la *L. 3. ff. Si pars haered. pet.*, y en Plin. *Hist. nat. VII. 44.*

(3) En esto era diferente la papia y popea, segun la cual tambien los partos monstruosos suplían el número de los hijos, *L. 135. ff. De V. S. Jac. Godof. Ad pap. L. XII.* La razon es sencilla, y consiste en que en la lei papia se trataba de evitar un daño, y en el senadoconsulto tertuliano de adquirir una ganancia.

neo era preferido á la madre, y aún tambien el adoptivo, *L. 1. §. ult. ff. De suis et legit. haered.*; mas la hermana consanguínea no escluíá á la madre, sino que juntamente con ella aceptaba la herencia en la mitad, si era hija la que habia muerto; y si fuese hijo, en la porcion viril, *L. 2. C. th. De sec. nupt.* Todo lo cual esplica breve, pero exactamente, Ulpiano en su *Fragm. XXVI. 8.*

VIII. Todo esto fué variado por Justiniano segun su costumbre, pues á mas de no querer que las madres necesitasen ya del derecho de tres ó de cuatro hijos, prohibió tambien el que los hermanos, así consanguíneos como uterinos, escluyesen á las madres, *Nov. CXVIII. 2.* Esto lo suelen esplicar mas estensamente los doctores tratando de este título y Novela.

TÍTULO IV.

DEL SENADOCONSULTO ORFICIANO.

Al modo que por las madres habia mirado el senadoconsulto tertuliano, así tambien los hijos fueron llamados á la sucesion de los bienes paternos por el senadoconsulto orficiano (1), de que vamos á tratar en este título.

I. Segun las leyes de las XII Tablas la herencia de la madre intestada no portenecia á los hijos, por cuanto las hembras no tenían herederos suyos, Ulp. *Fragm. XXVI. 7.* Ni siquiera habia lugar á la posesion de los bienes

(1) De otro senadoconsulto orficiano, perteneciente á las manumisiones, hace mencion Paul. *Recep. sent. IV. 14. 1.*, que Guill. Ranchin, *De success. ab intest. §. V. 2.*, piensa ser el mismo que el que forma el objeto de este título, bien que lo cree diverso Eschulting. *Jurispr. ant. p. 427.*, cuya opinion parecemas verosímil, por cuanto no puede concebirse que tenga que ver la manumision con la sucesion de los hijos en los bienes maternos.

de los hijos, de que hemos tratado arriba en el *lib. 1. tit. XXV. §. 2. sig.* Con efecto las madres ingenuas necesitaban de tres hijos; las latinas que habian conseguido el derecho quirritario, de otros tantos, y las libertinas de cuatro, si querian suceder en los bienes de sus hijos, Paul. *Recep. sent. IV. 9. 1. y 7. 8.* Ademas era preciso que estos hijos estuviesen vivos (1), y hubiesen nacido en el sétimo mes cuplido, ó en el décimo, pues no valian los nacidos prematuramente, como tampoco tres gemelos (2), ni los infantes monstruosos (3), ni los dados á luz por medio de aborto espontáneo ó producido con medicamentos, Paul. *l. c. §. 4. sig.* Pero todos los defectos, y aún la misma orfandad, eran suplidos por beneficio del príncipe, por cuyo medio hasta conseguian el derecho de los hijos las que nunca habian parido; de lo cual hablámos arriba en el *lib. I. tit. XXV. núm. 8.*

VII. Tambien debe observarse que este senadoconsulto preferia á las madres todos los hijos del difunto que estaban en la clase de herederos suyos, ya fuesen de primero ó de ulteriores grados, y aún los emancipados, como que el pretor los llamaba con antelacion á la madre para la posesion de los bienes. Era igualmente preferido el padre, á quien por la misma lei pertenecia la herencia ó la posesion de los bienes por el edicto *Unde legitimi*, ó *Unde decem personarum*. Finalmente hasta el hermano consanguí-

(1) En efecto los muertos no aprovechaban, así como tampoco en la lei popea, *L. 129. ff. De V. S.*

(2) Á no ser que los infantes hubiesen ido raciendo con ciertos intervalos, de que hai ejemplo en la *L. 3. ff. Si pars haered. pet.*, y en Plin. *Hist. nat. VII. 44.*

(3) En esto era diferente la papia y popea, segun la cual tambien los partos monstruosos suplían el número de los hijos, *L. 135. ff. De V. S. Jac. Godof. Ad pap. L. XII.* La razon es sencilla, y consiste en que en la lei papia se trataba de evitar un daño, y en el senadoconsulto tertuliano de adquirir una ganancia.

neo era preferido á la madre, y aún tambien el adoptivo, *L. 1. §. ult. ff. De suis et legit. haered.*; mas la hermana consanguínea no escluíá á la madre, sino que juntamente con ella aceptaba la herencia en la mitad, si era hija la que habia muerto; y si fuese hijo, en la porcion viril, *L. 2. C. th. De sec. nupt.* Todo lo cual esplica breve, pero exactamente, Ulpiano en su *Fragm. XXVI. 8.*

VIII. Todo esto fué variado por Justiniano segun su costumbre, pues á mas de no querer que las madres necesitasen ya del derecho de tres ó de cuatro hijos, prohibió tambien el que los hermanos, así consanguíneos como uterinos, escluyesen á las madres, *Nov. CXVIII. 2.* Esto lo suelen esplicar mas estensamente los doctores tratando de este título y Novela.

TÍTULO IV.

DEL SENADOCONSULTO ORFICIANO.

Al modo que por las madres habia mirado el senadoconsulto tertuliano, así tambien los hijos fueron llamados á la sucesion de los bienes paternos por el senadoconsulto orficiano (1), de que vamos á tratar en este título.

I. Segun las leyes de las XII Tablas la herencia de la madre intestada no portenecia á los hijos, por cuanto las hembras no tenían herederos suyos, Ulp. *Fragm. XXVI. 7.* Ni siquiera habia lugar á la posesion de los bienes

(1) De otro senadoconsulto orficiano, perteneciente á las manumisiones, hace mencion Paul. *Recep. sent. IV. 14. 1.*, que Guill. Ranchin, *De success. ab intest. §. V. 2.*, piensa ser el mismo que el que forma el objeto de este título, bien que lo cree diverso Eschulting. *Jurispr. ant. p. 427.*, cuya opinion parecemas verosímil, por cuanto no puede concebirse que tenga que ver la manumision con la sucesion de los hijos en los bienes maternos.

Unde liberi para obtener los bienes maternos, pues esta posesion se daba solo á los suyos ó á los que hubieran permanecido suyos, á no haber sido emancipados, *L. 1. §. 6. ff. Unde liberi.*

II. Podia no obstante suceder que fuese licito á los hijos pedir la herencia materna, ó instituir la queja del testamento inoficioso, aún ántes que los hijos fuesen llamados por el senadoconsulto orficiano á la sucesion en los bienes maternos. En efecto cuando las madres habian sido emancipadas por los padres, y no tenian por lo mismo ningunos agnados, competia á los hijos abintestato la posesion de los bienes *Unde cognati*; alcanzada la cual podian impugnar el testamento de la madre, al modo que también podian impugnar un testamento los demas á quienes se habia concedido la posesion de los bienes, *L. 6. pr. ff. De inoffic. test.* Pero si las madres estaban bajo la potestad de los padres, entónces eran como consanguíneas respecto de sus hijos, y por eso tambien en este caso los hijos, como próximos herederos abintestado, aceptando la herencia, podian sin duda alguna impugnar los testamentos maternos por la queja de inoficioso, segun la *L. 7. ff. eod.* Efectivamente hai ejemplos de quejas de inoficioso, movidas contra los testamentos maternos ántes del senadoconsulto orficiano, de los cuales hacen mencion Valer. Máx. *VII. 8. 2. VIII. 7. 4.* y Plin. *Epist. V. 1.* Véase á Eschulling. *Jurispr. ant. pág. 668.*

III. Pero donde principalmente se miró por los hijos fué en el senadoconsulto orficiano, hecho por los cónsules Rufo y Orfito *pr. Inst. h. t.* Sabiéndose que Juliano Rufo y Gacío Orfito (1), ó como se llaman en los fastos de Hub.

(1) Aún no consta si debe escribirse orfitiano ú orficiano. Aunque el cognombre de los Orfitos es mui conocido en la antigüedad, tambien se hace mencion de un tal Q. Orficio en una inscripcion de Grucero, p. 575. 1.

Golzio *ad ann. 930*, Vecio Rufo y Cornelio Escipion Orfito, fueron cónsules en el año de Roma 931 (178 de Cristo) segun Henr. Noris, *Epist. consul. pág. 462. tom. XI. Thes. ant. rom.*, parece consiguiente que en el mismo año saliese dicho senadoconsulto. Fué precedido por uaa oracion de los emperadores Antonio y Cómodo, recitada en el senado, de que habla Ulp. *Fragm. XXVI. 7.*; por lo cual en Jul. Capitolin. *Vit. Marci Anton. XI.* se leen estas palabras: *M. Antonino tambien añadió leyes sobre la vigésima parte de las herencias, las tutelas de los libertos, los bienes maternos, y asimismo sobre las sucesiones de los hijos por la parte materna.* Efectivamente la última lei no es sin duda mas que el senadoconsulto orficiano, el cual en otras partes se atribuye únicamente á M. Antonino, *L. 9. ff. Ad SC. tertull. et orphit. L. 6. ff. eod. L. 230. ff. De verb. signif.*

IV. Por lo demas este senadoconsulto concedió así al hijo como á la hija la herencia legitima de la madre, aún cuando estuviesen sujetos ó sujetas á potestad ajena, de suerte que fuesen preferidos á los consanguíneos y agnados de la madre difunta, *pr. Inst. h. t.* Y este beneficio se concedió á todos los hijos, aún á los que no tuviesen padre conocido, por cuanto su madre no puede ser incierta, §. 3. *Inst. eod.*, Paul *Recept. sent. IV. 10. 1.* Nise perdian por la capitis-diminucion estas sucesiones, §. 2. *Inst. eod.*; lo cual deberá entenderse de la capitis-diminucion mínima, pues la legitima herencia de la madre intestada no podia pertenecer á la hija, que por el senadoconsulto Claudiano se habia hecho sierva ó liberta, al modo que nunca podia pertenecer á latinos ó extranjeros, Paul. *ib. §. 2. 3.*

V. Pero aunque los hijos fuesen herederos del padre *ipso jure* (Véase arriba *lib. III. tit I. §. 1.*), se hacian sin embargo herederos de la madre, no *ipso jure*, sino ó por la simple aceptacion de la herencia, ó por la peticion de

la posesion de los bienes, ó por la solemnidad de la crecion, Paul. *Recept. sent. IV. 40. 4.*; y Cujac. *ibid.* manifiesta, atendiendo á la *L. 3. C. ad SC. orphit.*, que el hijo puede tambien adquirir la herencia materna por la *gation con. o heredero.*

VI. Pero tampoco este senadoconsulto careció de variaciones. En primer lugar se hizo estensivo á nietos y nietas, §. 1. *Inst. h. t. L. 11. C. De suis et legit. lib.* Además, respecto de los que no tenian padre conocido, solo les permitió Justiniano suceder á las madres, caso que estas no fuesen ilustres ni tuviesen otros hijos legítimos, *L. pen. C. ad SC. orphit.* Finalmente quedó sin ningun uso este senadoconsulto, desde que en virtud de la *Nov. CXVIII. 1.* empezaron los hijos á suceder con el mismo derecho al padre y á la madre.

TÍTULO V.

DE LA SUCESION DE LOS COGNADOS.

Á falta de herederos suyos y de agnados eran próximamente llamados á la sucesion los cognados. En este título esplicaremos el origen de este derecho, tomándolo de las antigüedades.

I. Las leyes de las XII Tablas no tuvieron cuenta de los cognados, por mas que se esfuerze en probar lo contrario M. Vetrin. Mauro, *De jure liber. XXII.* Porque aún cuando en Paulo *Recept. sent. IV. 8. 22.*, leamos: *por lo demas la lei de las XII Tablas admite á los cognados sin distincion de sexo*; no obstante Rittershusio, *ad h. t.*, y Jacobo Godofredo, *ad LL. XII Tab. Tab. V.*, observaron mui bien, estar equivocado el citado lugar de Paulo, y que debe leerse *no cognados, sino agnados.* En

efecto fuera de los herederos suyos, agnados y gentiles, ningun orden de suceder se ve establecido por el Derecho decenviral.

II. El modo pues de suceder, de que tratamos, viene del Derecho pretorio, conforme al cual, y atendiendo al edicto *Unde cognati*, se prometia la posesion de bienes á los cognados, si faltasen herederos suyos agnados, segun observa el mismo emperador, *pr. Inst. h. t.*

III. Sabido es quiénes se llaman *cognados*, á saber, los que están unidos por parentesco de sangre, aunque sea por medio de mujeres, *L. ult. §. 2. ff. De gradib.* Por las adopciones se verificaba la agnacion civil, la cual sin embargo no daba derecho de cognacion, sino de agnacion, *L. 4. §. 2. ff. De gradib.* Los que carecian de padre conocido, los cuales no tenian ningunos agnados, podian sin embargo tener sus cognados; pero no lo siervos, por lo ménos en razon de la sucesion, porque en las sucesiones ninguna cuenta se tenia con las cognaciones serviles, *L. 1. §. 2. ff. Unde cognati*; tanto que ni aún por la manumision adquirian el derecho de cognacion, segun la *L. 7. ff. eod.*

IV. En el lugar de los cognados eran tambien tenidos los agnados que habian sufrido la *capitis-diminucion mínima*, á escepcion de los hermanos y hermanos emancipados; mas no de los hijos de estos, los cuales, juntamente con los hermanos retenidos bajo potestad, sucedian por porciones dimidiadas (1), §. 1. *Inst. h. t.*, y T. ófilo *eod. loc.*

V. Aún cuando fuesen tambien llamados á la sucesion los cognados, bien que solamente en el grado próximo, sin embargo este beneficio del pretor no se estendia mas

(1) Sin embargo esto no se deriva del Derecho del pretor, sino de la lei anastasiana, de que hace mencion la *L. 4. C. De legit. tutor. L. ult. De legit. hered.*

allá del sétimo grado, puesto que desde el grado sétimo eran llamados los nacidos de ambos sexos, de primo hermano ó prima hermana, §. *últ. Inst. h. t.*, al paso que los agnados no solo eran llamados hasta el décimo grado, sino hasta lo infinito, Franc. Duaren., *Comment. ad tit. Un.º cognati*, pág. 580.

VI. Todo esto fué mudado por la jurisprudencia justiniana, pues desde que por la *Nov. CXVIII. 4.* fueron igualados en todo los cognados con los agnados, ya no se necesitó de este beneficio del pretor, y los cognados igualmente que los agnados empezaron á ser admitidos, no solo hasta el sétimo grado, sino hasta lo infinito.

TÍTULO VI.

DE LOS GRADOS DE LAS COGNACIONES.

Siendo frecuente en las cuestiones de la sucesion contarse los grados de las cognaciones, creyó conducente Triboniano tratar de ellos en un título particular.

I. En la *L. 10. §. 10. ff. h. t.* enseña Paulo que se llaman grados de la semejanza con las escalas y lugares declives, pues para recorrerlos pasamos de uno al inmediato, *estó es, al que, por decirlo así, nace de él.* Toda aquella prolija lei está tomada del libro único de Paulo, *De gradibus et afinibus, et nominibus eorum*, cuyo opúsculo, no mucho mas prolijo que esta lei, refiere Cujacio, *Observ. IV. 40.*, haber existido íntegro en la biblioteca de cierto amigo suyo.

II. Se imaginaban dos líneas, una *recta*, y otra *transversal*; aquella comprende á los genitores y engendrados, esta á los emparentados lateralmente. Aquella se volvia á distinguir en *superior* é *inferior*. En estas líneas se conta-

ban las personas, de suerte que una persona engendrada añadiese siempre un nuevo grado, *princ. y §. 7. Inst. h. t.*

III. En la línea recta superior estaban en primer grado el *padre* y la *madre*; en el segundo el *abuelo* y la *abueta*; en el tercero el *bisabuelo* y *bisabueta*; en el cuarto el *tatarabuelo* y *tatarabueta*; en el quinto el 4.º *abuelo* y 4.ª *abueta*; en el sexto el 5.º *abuelo* y 5.ª *abueta*; en el sétimo y demas grados faltan nombres propios, y se usa de la comun donominacion de *mayores* ó antepasados, *L. 10. §. 7. h. t.* En la línea inferior estaban en primer grado los *hijos* y las *hijas*; en el segundo los *nietos* y *nietas*; en el tercero los *biznietos* y *biznietas*; en el cuarto los *tataranietos* y *tataranietas*; en el quinto el 4.º *nieto* y 4.ª *nieta*; en el sexto el 5.º *nieto* y 5.ª *nieta*; en el sétimo grado, á falta de nombres propios, hai el nombre general de *descendientes*, *d. L. 10. §. 7. ff. eod.* Finalmente en la línea transversal se contaban en *segundo* grado los *hermanos* y *hermanas*; en el *tercero* los *hijos* é *hijas* (1) de *hermano* y de *hermana*, el *tio paterno*, *tia paterna*, *tio materno*, *tia materna*; en el *cuarto* los *nietos* y *nietas* de *hermanos* y *hermanas*, *hijos* é *hijas* de *tio paterno*, *hijos* é *hijas* de *hermana de madre*, los *hijos* é *hijas* de *hermanos*, el *hermano* y la *hermana* de *abuelo paterno*, *hermano* y *hermana* de *abuelo materno*; en el *quinto* los *biznietos* y *biznietas* de *hermano* y *hermana*, los *hijos* é *hijas* de *primos* y *primas*, de *sobrinos* y *sobrinas*, los *nietos* y *nietas* de *hermana de madre*: los *hijos* é *hijas* de *hermano* y *hermana* de *abuelo paterno*, de *hermano* y de *hermana* de *abuelo materno*, el *hermano* y la *hermana* de *bisabuelo paterno*, *hermano* y *hermana* de *bisabuelo materno*; en el *sexto* los *ter-*

(1) También estas cognaciones carecen de nombres propios. Véase á Plauto, *Pœnul. V. 2.* Paul. *L. 10. §. 14. ff. De grad.* Algunas lo tienen, v. gr. los *hijos* é *hijas* de *hermano* ó *hermana*, que llamamos *sobrinos*. Véase Casaub. *Ad spartian. hadr. II.*

ceros nietos de hermanos y hermanas, los nietos y nietas de primos y primas, de sobrinos y sobrinas, de hijos é hijas de hermana de madre, los nietos y nietas de hermano y de hermana de abuelo paterno, de hermano y de hermana de abuelo materno los hijos é hijas de hermano y de hermana de bisabuelo paterno, de hermano y de hermana de bisabuelo materno, el hermano y la hermana del tercer abuelo paterno, y el hermano y hermana del tercer abuelo materno. Los demas grados carecen en latin de nombres propios, §. 7. *Inst. h. t. Paul. Recep. sentent. IV. 11. 1. sig.*

IV. Y como todo esto no es fácil de entenderse, solian los antiguos juriconsultos ponerlo á la vista en una lámina, segun hizo Justiniano en sus *Instituciones*, y T. ólilo en su *Paráfrasis*; cuyas dos láminas se perdieron, bien que todavía nos quedan muchas de esta clase antiguas. Tres muy elegantes dió Isidoro de Sevilla, *Orig. IX. 7. pág. 1059.* en la edicion de Dionis. Godofredo; la primera de las cuales presenta la imagen de una escala, la segunda de un árbol, y la tercera la de una rueda. Otras de este género tuvo en su escritorio Cujacio, y publicó una en la edicion del Código teodosiano, *Lib. VI. Obs. cap. XL. p. m. 268*; la cual, no obstante que solo comprende los agnados parece digna de ponerse aquí á la vista, para que así pueda entenderse mejor el antiguo modo de delinear los grados de agnacion.

DE LOS GRADOS DE AFINIDAD.

5º abuelo.	Hermano de tercer abuelo.				
4º abuelo.	Hermano de Bisabuelo.	Hijo de hermano de bisabuelo.			
3º abuelo.	Hermano de abuelo.	Hijo de hermano de abuelo.	Nieto de hermano de abuelo.		
Bisabuelo.	Hermano de padre.	Hijo de hermano de padre.	Nieto de hermano de padre.	Biznieto de hermano de padre.	
Abuelo.	Hermano.	Hijo de hermano.	Nieto de hermano.	Biznieto de hermano.	Tercer nieto de hermano.
Padre.					

DE QUÉ MODO SE TRASMITEN LAS HERENCIAS POR LA LEI.

		PADRE.		
Mujer que está bajo la potestad del marido.	<i>Son entre sí</i>	Hijo que aún no salió de potestad	<i>consanguineos.</i>	Hija que está bajo potestad.
Nuera que está bajo la potestad del hijo.	<i>Tambien lo</i>	Nieto que no salió de potestad.	<i>son entre sí.</i>	Nieta que está bajo potestad.
La mujer del nieto que está bajo la potestad de este.	<i>Lo son</i>	Biznieto que no salió de potestad.	<i>entre sí.</i>	Biznieta que está bajo potestad.
La mujer del biznieto que está bajo la potestad de este.	<i>Lo son</i>	3. ^o nieto que no salió de potestad.	<i>entre sí.</i>	3. ^a nieta que está bajo potestad.
La mujer del 3. ^o nieto que está bajo la potestad de este.	<i>Lo son</i>	4. ^o nieto que no salió de potestad.	<i>entre sí.</i>	4. ^a nieta que está bajo potestad.
La mujer del 4. ^o nieto que está bajo la potestad de este.	<i>Lo son</i>	5. ^o nieto que no salió de potestad.	<i>entre sí.</i>	5. ^a nieta que está bajo potestad.

TÍTULO VII.

DE LA COGNACION SERVIL.

Tanto Vinio, como casi todos los demás comentadores, notan, que en los mas de los manuscritos y en la paráfrasis griega no tiene este lugar ninguna inscripcion nueva, y que está unido al título anterior. Nosotros prescindiendo de esto explicaremos algunas cosas, que pueden hacer relacion á las antigüedades.

I. Antiguamente ninguna cognacion se conocia entre los siervos en materia de sucesiones, porque aunque para contraer nupcias se tenia en consideracion por Derecho antiguo la cognacion servil, y era impedimento para dichas nupcias, si por ejemplo, habian sido manumitidos el padre y la hija, el hermano y la hermana, §. 10. *Inst. De nupt. L. 14. §. 2. 3. ff. De ritu nupt.*; á pesar de esto en las sucesiones se prescindia de esta natural cognacion de los siervos, *L. ult. §. 5. ff. De grad. et affinit.*

II. Esto debe entenderse de los siervos aún no manumitidos, que ni podian tener sucesor ni suceder á otro, *L. 4. C. Comm. de success.*, igualmente que de los libertinos; porque tambien á la muerte de estos solo eran llamados á la sucesion los herederos suyos, y no los agnados ni cognados. Á falta de herederos suyos eran próximos herederos los patronos, acerca de los cuales establecia la lei de las XII Tablas, que *quando un liberto moria sin testamento y sin herederos suyos, si vivia su patrono ó sus hijos, los bienes del liberto pasasen á la familia de dicho patrono*, Jac. Godofr. *LL. XII. Tab. Tab. V.*; de cuya lei Lablaremos en el título siguiente.

III. Como esto pareciese inhumano al humanísimo em-

perador Justiniano, corrigió aquel antiguo Derecho por una constitucion suya, y quiso que si alguno constituído en condicion servil tenia un hijo ó hijos, bien fuese de mujer libre, bien de una sierva, ó por el contrario si una sierva tenia de un hombre libre ó de un siervo hijos de cualquier sexo, y llegando estos á obtener la libertad, la mereciesen los que habian salido de vientre servil, ó mientras eran libres las mujeres, los hubieren tenido en esclavitud, y despues hubiesen alcanzado libertad; que todos estos entrasen en la sucesion del padre ó de la madre, quedando debilitado en esta parte el derecho de patronato, *pr. Inst. h. t.*

IV. Ya no existe aquella constitucion de Justiniano, que desapareció con el primer Código; mas no obstante presenta Cujacio un compendio de ella, hallado en latin en unos pergaminos, *Obs. XX. 31*, donde tambien hace mérito de una constitucion griega de las Basílicas, que cree ser la constitucion íntegra del emperador Justiniano. Que haya sido escrita en griego, bien se conoce por el §. 3. *Inst. De success. libert.*

TÍTULO VIII.

DE LA SUCESION DE LOS LIBERTOS.

Entre los romanos era mui frecuente que los libertinos fuesen ricos; y por eso era mui importante fijar quién les sucederia en sus bienes. Aunque todos los libertinos, segun hemos observado arriba, fuesen ciudadanos romanos, por el mismo Derecho antiguo ya era distinta la sucesion de los libertos de la de los ingenuos, como se verá por lo que vamos á decir.

I. Así como á los ingenuos sucedian en primer lugar

los herederos suyos, y en segundo los agnados, del mismo modo eran llamados á la sucesion de los libertos, en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los patronos ó los hijos de estos. En el §. II. del título anterior manifestámos la misma lei decenviral. V. *Ulp. Fragm. XXVII. 1. y XXIX. 1.* Los patronos en efecto, segun observa mui bien Arn. Vinio *ad pr. Inst. h. t.*, se consideraban entre los romanos con el mismo derecho que los agnados; lo cual observando tambien Justiniano en la constitucion griega, que se halla en Cujac. *Obs. XX.*, parecen, dice, agnados de los libertos los que los manumitieron. Por lo cual los libertos tomaban los nombres de los patronos como hijos, segun Lactanc. *Div. inst. IV. 3.* Así fué que un liberto de Pompeyo se llamó Pompeyo Leneo, Plin. *Hist. nat. XXV. 5.*; otro de Ciceron Láurea Tulio, Plin. *Hist. nat. XXXI. 2* y otro Tulio Tiron, de quien se hace frecuente mencion en las epístolas familiares (1). Y aún muchas veces los patronos dejaban legados á sus libertos, para que conservasen su nombre. Véase la *L. 94. ff. De legat. 3. L. 88. §. 6. De legat. 2. L. 108. ff. De condit. et demonstr.* Por esto no es de estrañar que en las sucesiones de los libertos tuviesen los patronos el mismo lugar que tenian los agnados en las herencias de los ingenuos.

II. Por consiguiente al liberto no podia suceder el pa-

(1) Esto consta tambien por las mismas leyes romanas. Véase la *L. 77. §. 13. ff. De legat. 2. L. 38. §. 2. y L. 94. ff. De leg. 3.* Dion. Godofr. *ad L. 108. ff. De cond. et demonstr.* Carl. Sigon. *De nomin. rom. p. 1418*, quien observa tambien, fundado en Plinio y Quintiliano, que los libertos tomaban el nombre del patrono, los siervos el prenombre de su señor, llamándose, por ejemplo, *Lucipores, Marcipores, Publipores*, lo cual equivale á *pueri Lucii, Marci, Publii*. Por lo demas, fuera de estos patronos, los libertinos se elegian tambien otros, á cuya tutela se confiaban, llamándose por esta razon clientes suyos. Véase Casaub. *ad Suet. Jul. II.*

trono, siempre que aquel tuviese herederos suyos, cuales eran los hijos, no solo naturales, sino tambien adoptivos, como asimismo la mujer que estaba bajo la potestad del marido. Faltando estos podia el liberto preferir al patrono en el testamento; mas si moria intestado, eran llamados á la sucesion los patronos ó sus hijos, dividiendo la herencia por cabezas, y escluyendo los grados mas remotos. Por esta razon, si habia un patrono, y un hija de otro patrono, la herencia se devolvia solamente al patrono. Tampoco los nietos del patrono podian suceder, si quedaba el hijo de otro patrono; y así sucedia en los demas casos, Ulp. *ibid.*, Paul. *Rec. sent.* III. 2. 1. *sig.* L. 23. §. 1. *ff. De bon. libert.*

III. Esta libertad de testar pareció despues inicua á los pretores, quienes, para que los patronos (1) no quedaran privados de las herencias de los libertos, creyeron que debian mirar por ellos publicando un edicto. En virtud de este el liberto que moria dejando hecho testamento, no teniendo hijos suyos y naturales, tenia obligacion de dejar al patrono ó á sus hijos la mitad de los bienes. Si no habia dejado nada, ó habia dejado ménos de la mitad, se daba al patrono, contra el testamento, la posesion de la mitad de los bienes (2), Ulp. *ibid.*, Suet. *Neron.* XXXII., Dion Cas. *LI. pág.* 454.

IV. Si el liberto habia muerto intestado, dejando heredero suyo, pero solo adoptivo, ó mujer que estaba bajo su

(1) Todo este beneficio perteneció á los patronos, mas no á las patronas, siendo así que las leyes de las XII Tablas no habian hecho ninguna distincion entre unos y otras, Ulp. *XXIX.* 4. y 5.

(2) No se daba esta posesion de los bienes, á no ser que estuviere dada la herencia, ó pedida la posesion de los bienes; lo cual sucedia de otro modo en la bonorum-posesion que se daba á los hijos contra el testamento. Más latamente explica esto Ant. Fabro *Error. proqm. accad. L. err. 7. n. 6. sig.*

potestad, se daba tambien al patrono contra estos herederos suyos la bonorum-posesion de la mitad, Ulp. *l. c.* Solo pues escluían al patrono los hijos naturales, ya suyos, ya emancipados, ya dados en adopcion, con tal que hubiesen sido escritos herederos en alguna porcion, ó hubiesen pedido la posesion de los bienes contra el testamento. De otra manera se consideraban como desheredados, y por tanto no podian escluir al patrono, §. 1. *Inst. h. t.*

V. Todas estas disposiciones del edicto del pretor eran solamente relativas á los bienes de los libertos: en los bienes de la liberta, dice Ulpiano, no da el edicto al patrono ningun derecho, *Fragm. XXIX.* 2. Lo cual no debe entenderse, como si el pretor no hubiese querido socorrer á los patronos, sino porque en este punto no habia necesidad del beneficio del pretor. En efecto las libertas no tenian ningunos herederos suyos que escluyesen á los patronos; y como estos eran los tutores legitimos de ellas, se seguia que no podian testar ni casarse sin su autoridad, Ulp. *Fragm. XI.* 27. Así muriendo ellas intestadas, siempre pertenecia la herencia á los patronos, y nunca sucedia que estos quedasen escluidos de los bienes de las libertas.

VI. Mas por la lei papia popea, que propuso varios premios á la fecundidad, tambien se concedió en cierto modo á las libertas la facultad de escluir á los patronos de la herencia. Esta lei efectivamente libró de la tutela á las libertas que tuviesen cuatro hijos, Ulp. *Fragm. XXIX.* 3., ó alcanzasen por beneficio del príncipe este derecho de los cuatro hijos, de lo cual hai un ejemplo en Sueton. *Claud. XIX.*, y en Grut. *Inscript. pág. DCXXXI.* 2., donde se hace mencion de Cornelia Zósima, que tenia por beneficio del César el derecho de cuatro hijos. Era pues consiguiente que estas libertas pudiesen testar libremente sin la autoridad de los patronos, y que escluyesen á estos

de la herencia. No obstante, para que así no quedasen defraudados los patronos, se estableció en dicha lei, que en proporción al número de hijos que quedasen de la liberta, se debiese al patrono la porción viril, *Ulp. ibid.* Véase nuestro *Comment. ad L. jul. et pap. popp. II. 11. pág. 212.*

VII. Por la misma lei se establecieron algunas disposiciones sobre los bienes de los libertos, de las cuales habla Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* En efecto se estableció, que de los bienes de aquel liberto que habia dejado un patrimonio de novecientos sestercios, y ménos de tres hijos (bien hubiese muerto con testamento ó sin él), se debiese una porción viril al patrono ó á sus hijos varones; pero que si tuviese tres hijos, no tuviera el patrono ningun derecho en la herencia. Pero si no reuniese cien sestercios, tuviese el liberto libre facultad de testar, y si el liberto no tuviese hijos, sucediesen abintestato por Derecho antiguo los patronos ó sus hijos varones; mas si muriese dejando hijos, no tuviese el patrono ningun derecho en sus bienes. Esta suma, atendida la opulencia del tiempo de Augusto, sin duda parecia pequeña para que las leyes la tomasen en consideración, Perizon. *Dissert. de lege vocon pág. 171.* Véase Jac. Gotofr. *Ad leg. pap. popp. XXV. pág. 296,* y nuestro *Comment. II. 22. pág. 350. y sig.*

VIII. Finalmente, como el beneficio del pretor, que hemos descrito en los §. III y IV., pertenecía á solos los patronos, y no á las patronas, la misma lei papia popea dió á las patronas ingenuas que tuviesen dos hijos y á las libertinas que tuviesen tres, el derecho que el patrono tenia por el edicto, á saber, que pudiesen pedir la posesión de bienes contra el testamento del liberto, y en caso de no haberse dejado testamento, contra los herederos no naturales, *Ulp. Fragm. XXIX. §. 6.* Véase nuestro

Comment. ad leg. jul. et pap. poppæam, §. 22. pág. 357. La misma lei papia concedió a los hijos de la patrona ingenua honrada con el derecho de tres hijos, el mismo derecho que habia dado á la patrona, *Ulp. ibid. n. 7.* Véase nuestro *Comment. §. 22. pág. 358.*

IX. Pero todas estas leyes no hablan mas que de los libertos que eran ciudadanos romanos, porque en el tiempo en que se formaron las XII Tablas, como la república era libre, todos los libertinos aspiraban á ser ciudadanos romanos. Despues en el reinado de Augusto, que fué cuando se promulgó la lei papia popea, algunos libertinos empezaron á ser de condicion dediticia, al modo que en tiempo de Tiberio tuvieron principio los junianos latinos; pero ni los latinos ni los dediticios tenian el derecho de testamentifacción, *L. 1. pr. ff. De suis et legit. hered.*, reteniendo sus bienes, como peculios de siervo, los mismos manumisores, §. 4. *Inst. h. t.* Por fin el senadoconsulto largiano (1) estableció que los hijos del manumisor, no desheredados nominalmente, fuesen preferidos en los bienes de los latinos á los herederos estraños, *L. un. C. De lat. lib. toll.* Y aún mandó por un edicto el emperador Divo Trajano, que los libertos latinos que contra la voluntad del patrono ó sin saberlo este, obtuviesen por gracia del príncipe los derechos de ciudad, fuesen durante su vida considerados como ciudadanos romanos; pero que sin embargo muriesen en la clase de latinos, §. 4. *Inst. h. t. L. un. princ. y §. ult. C. De lat. lib. toll.* Por la cual era mui dura en esto la condicion de

(1) Este senadoconsulto parece haber sido hecho en el año de la fundación de Roma 794, en el consulado de Tib. Claudio, de Druso y Cecina Largo. Y el que se haya llamado largiano y no claudiano este senadoconsulto, debe consistir en que Claudio César solo desempeñó consulado durante dos meses, y prorogó á su colega Largo la magistratura por el año, segun Dion Casio, *LX. p. 671.*

los latinos y dediticios; y no podía en ningun caso el patrono ser privado de la herencia de esta clase de libertos.

X. Pero Justiniano en este punto ni rastro ni reliquia dejó del Derecho antiguo; porque en la constitucion que hemos citado en el título anterior, y que existe en las Basílicas, *tom. VI. pág. 593*, mandó que si un liberto ó liberta no poseía el valor de cien áureos (1), no tuviese el patrono ningun lugar en su sucesion, con tal que hubiesen hecho testamento; pero que si fallecian intestados sin dejar hijos, permaneciese íntegro el derecho de patronato de la lei de las XII Tablas. Que en los bienes de los que reuniesen mas de cien áureos, si tenian hijos herederos ó bonorum-poseedores, no compitiese al patrono ningun derecho; pero que si morian intestados ó sin hijos, fuesen llamados á toda la herencia los patronos ó patronas; mas si haciendo testamento omitian á los patronos ó patronas, consiguiesen estos por medio de la bonorum-posecion la tercera parte de los bienes (no la mitad como ántes), de manera que tuviesen esta porcion sin carga alguna, y ni aún fuesen obligados á pagar los legados ni fideicomisos á los hijos del liberto ó liberta. Además aquel derecho de suceder en los bienes de los libertos, lo estendió tambien Justiniano á los colaterales y cognados de los patronos hasta el quinto grado, §. 3.

(1) En lugar de los mil sestercios señalados en la lei papia pœpea, substituyó Justiniano un áureo, y esto lo hizo como intérprete. (Véase el §. 3. *Inst. h. t.*) Pero esta interpretacion está en entera oposicion con la historia, porque el áureo, segun era en tiempo del emperador, apenas correspondia á cien sestercios; y aún en tiempo de Ulpiano, diez sestercios solo componian cien áureos. Por eso el honorario de los abogados se encuentra fijado en diez sestercios en Tacito, *Ann. XI. 7*, en cien áureos en Ul. *L. 1. §. 12. ff. De extraord. cognit.* Véase Gronov. *De pecun. vet. I. 5*. Pero muchas veces en las Pandectas, de novecientos sestercios saca Triboniano cien áureos. V. Cujacio *Obs. XIX. 31. y ad L. 40. ff. De dolo malo*.

Inst. h. t. Finalmente, suprimiendo la condicion de los latinos y dediticios, concedió indistintamente á todos los libertinos la facultad de hacer testamento, *L. un. C. De lat. lib. toll. y L. un. C. De ded. lib. toll.*; y por tanto quitó á los patronos, ó todo su derecho, ó por lo ménos una parte considerable de la herencia, que en virtud de las leyes antiguas podian esperar.

TÍTULO IX.

DE LA ASIGNACION DE LOS LIBERTOS.

La asignacion de los libertos era como una escepcion de las leyes acerca de la sucesion de los libertos, pues lo que se dijo en general en el título anterior, de que los hijos del patrono, muerto el padre, sucedian por iguales porciones en los bienes de los libertos, se debe entender con la escepcion de que el patrono no hubiese asignado á uno de los hijos el liberto. Cuál haya sido esta asignacion, vamos á esplicarlo en este título.

I. Por Derecho antiguo eran bastante pingües los derechos de patronato, porque además de la esperanza de sucesion, unida con este derecho, de lo cual hemos tratado en el título precedente, se debian al patrono ciertos trabajos, donativos y atenciones. Véase Jacobo Oisel, *Ad Caii Inst. II. 9. 4. p. m. 156*. El liberto, no ménos que su hijo, estaba además obligado á alimentar al patrono, segun sus facultades, si este caía en pobreza, Paul. *Recept. sent. II. 32. 1. L. 5 §. 18 y L. ult. ff. De agnosc. et alend. lib.*; por lo cual los libertos ricos venian á ser como una parte del patrimonio; y en consideracion á las leyes, se creía rico aquel que tenia muchos libertos ricos.

II. Al modo pues que los padres solian dar á los hijos

los latinos y dediticios; y no podía en ningun caso el patrono ser privado de la herencia de esta clase de libertos.

X. Pero Justiniano en este punto ni rastro ni reliquia dejó del Derecho antiguo; porque en la constitucion que hemos citado en el título anterior, y que existe en las Basílicas, tom. VI. pág. 593, mandó que si un liberto ó liberta no poseía el valor de cien áureos (1), no tuviese el patrono ningun lugar en su sucesion, con tal que hubiesen hecho testamento; pero que si fallecian intestados sin dejar hijos, permaneciese íntegro el derecho de patronato de la lei de las XII Tablas. Que en los bienes de los que reuniesen mas de cien áureos, si tenian hijos herederos ó bonorum-poseedores, no compitiese al patrono ningun derecho; pero que si morian intestados ó sin hijos, fuesen llamados á toda la herencia los patronos ó patronas; mas si haciendo testamento omitian á los patronos ó patronas, consiguiesen estos por medio de la bonorum-posecion la tercera parte de los bienes (no la mitad como ántes), de manera que tuviesen esta porcion sin carga alguna, y ni aún fuesen obligados á pagar los legados ni fideicomisos á los hijos del liberto ó liberta. Además aquel derecho de suceder en los bienes de los libertos, lo estendió tambien Justiniano á los colaterales y cognados de los patronos hasta el quinto grado, §. 3.

(1) En lugar de los mil sestercios señalados en la lei papia pœpea, substituyó Justiniano un áureo, y esto lo hizo como intérprete. (Véase el §. 3. *Inst. h. t.*) Pero esta interpretacion está en entera oposicion con la historia, porque el áureo, segun era en tiempo del emperador, apenas correspondia á cien sestercios; y aún en tiempo de Ulpiano, diez sestercios solo componian cien áureos. Por eso el honorario de los abogados se encuentra fijado en diez sestercios en Tacito, *Ann. XI. 7.* en cien áureos en Ul. *L. 1. §. 12. ff. De extraord. cognit.* Véase Gronov. *De pecun. vet. I. 5.* Pero muchas veces en las Pandectas, de novecientos sestercios saca Triboniano cien áureos. V. Cujacio *Obs. XIX. 31.* y ad *L. 40. ff. De dolo malo.*

Inst. h. t. Finalmente, suprimiendo la condicion de los latinos y dediticios, concedió indistintamente á todos los libertinos la facultad de hacer testamento, *L. un. C. De lat. lib. toll.* y *L. un. C. De ded. lib. toll.*; y por tanto quitó á los patronos, ó todo su derecho, ó por lo ménos una parte considerable de la herencia, que en virtud de las leyes antiguas podian esperar.

TÍTULO IX.

DE LA ASIGNACION DE LOS LIBERTOS.

La asignacion de los libertos era como una escepcion de las leyes acerca de la sucesion de los libertos, pues lo que se dijo en general en el título anterior, de que los hijos del patrono, muerto el padre, sucedian por iguales porciones en los bienes de los libertos, se debe entender con la escepcion de que el patrono no hubiese asignado á uno de los hijos el liberto. Cuál haya sido esta asignacion, vamos á esplicarlo en este título.

I. Por Derecho antiguo eran bastante pingües los derechos de patronato, porque además de la esperanza de sucesion, unida con este derecho, de lo cual hemos tratado en el título precedente, se debian al patrono ciertos trabajos, donativos y atenciones. Véase Jacobo Oisel, *Ad Caii Inst. II. 9. 4. p. m. 156.* El liberto, no ménos que su hijo, estaba además obligado á alimentar al patrono, segun sus facultades, si este caía en pobreza, Paul. *Recept. sent. II. 32. 1. L. 5 §. 18 y L. ult. ff. De agnosc. et alend. lib.*; por lo cual los libertos ricos venian á ser como una parte del patrimonio; y en consideracion á las leyes, se creía rico aquel que tenia muchos libertos ricos.

II. Al modo pues que los padres solian dar á los hijos

cierta porcion de bienes, así tambien podian asignar á los mismos los libertos. Asignar pues un liberto era testificar el padre, de cuál de los hijos queria que fuese el liberto, *L. 107. ff. De verb. signif.* Esta asignacion no solo se hacia en testamento y en codicilos, sino tambien por via de contrato ó donacion entre vivos ó por causa de muerte, en cualesquiera palabras que fuese, en carta, en escritura, puramente, bajo condicion, y aún con el solo consentimiento, *L. 1. §. 3. y L. 7. ff. De assign. lib.* Dábase no obstante esta facultad de asignar solo al que tenia dos ó mas hijos en su potestad, §. 2. *Inst. h. t.*; y si aquel á quien habia sido asignado el liberto, hubiese sido emancipado, se desvanecia la asignacion, *L. 1. fin. ff. cod. §. 2. Inst. h. t.* Á lo cual no se opondrá la *L. 9. ff. h. t.*, en la cual dice Modestino, que tambien á un emancipado se puede asignar un liberto. En efecto el padre puede, si quiere, asignarle en favor de un hijo emancipado; pero si le asignare en favor de uno que estuviese en su potestad, y despues le emancipase, se considera que ha mudado de parecer, *Moril. Obs. VII. 3.*

III. Sobre esta asignacion de los libertos salió el senadoconsulto claudiano el año de Roma 798, siendo cónsules sust. (1) Veleyo Rufo y P. Ostorio Escápula, cuyas idénticas palabras nos conservó Ulpiano en la *L. 1. pr. ff. h. t.*: « Si alguno que tuviere bajo su potestad dos ó mas hijos, nacidos de legítimas nupcias, señalase respecto de un liberto ó liberta suya, á quién de sus hijos

(1) En el §. 3. *Inst. h. t.* estos cónsules son llamados Sabelio Rufo y Asterio Escápula; en la *L. 1. pr. ff. cod.* Veleyo Rufo y Ostorio Escápula, como tambien se lee en *Hub. Golzio, Fast. p. 239.* Pigh. cree haber restituido los nombres genuinos, *Ann. lib. XVIII, p. 576, tom. III,* donde al uno le llama P. Servilio Rufo, y al otro P. Ostorio Escápula; pero *Binkersh. Obs. III. p. 242,* enseña que muchas vezes se confundían los nombres *Asterio, Hasterio, Osterio, Austerio y Austero.*

« quiere que pertenezca dicho liberto ó liberta; y el que
« los manumitió entre vivos ó por testamento, dejase de
« estar en el goze de los derechos de ciudad, el tal hijo ó
« hija será el único patrono ó única patrona, como si el
« liberto ó liberta hubiese conseguido de él ó de ella la
« libertad. Y si alguno de los hijos dejase de tener los
« derechos de ciudad y no tuviese ningun hijo, consér-
« vense á los demas hijos del que manumitió, todos los
« derechos, como si este padre nada hubiese significado
« acerca de aquel liberto ó de aquella liberta. »

IV. Segun este senadoconsulto pues cualquiera podia á su arbitrio asignar un liberto á uno de sus hijos constituidos bajo su potestad; hecho lo cual, ya no eran llamados á la sucesion todos los hijos del patrono, sino aquel á quien se le habia asignado el liberto. Este derecho quedaba tambien salvo á aquel, á quien el liberto habia sido asignado, aún cuando el patrono hubiese sufrido la capitis diminucion média; pero capite-minuido así aquel, en cuyo favor se habia hecho la asignacion, quedaban salvos los derechos de patronato á los demas hijos, de la misma manera que si el patrono nada hubiese significado sobre la asignacion del liberto, *Vinc. Gravina, De leg. et SC. LXXXII. pág. 652* y *Arn. Vinio, Comment. ad Inst. h. t.*

TÍTULO X.

DE LAS POSESIONES DE BIENES.

Hemos dicho arriba en el *lib. I. tit. II. §. 24,* que los pretores habian tratado principalmente de alterar con sus edictos las leyes bajo pretestos de equidad, y que á este fin habian introducido nuevos vocablos. De esto presen-

taremos un ejemplo en este título; porque muchas veces cuando las leyes negaban la *herencia*, daban los pretores la *posesion de bienes*, no obstante que entre estas espresiones habia poca diferencia en cuanto al efecto.

I. Como en este punto los pretores jugaban con las voces, habremos de anticipar alguna explicacion acerca de la voz pretoria de que tratamos. Debe pues notarse que las mas de las veces se diferenciaba la espresion *bonorum possessio* de esta otra *possessio bonorum*. Aquella denota la herencia pretoria, esta significa aquella posesion que se concedia á los acreedores, legatarios y otros (1), Brisson. *De verb. signif. p. m.* 4. No observaron con todo esta diferencia Macer, *L. 4. §. ult. ff. De offic. ejus cui mand. jurid.*, ni Paulo, *L. 35. pr. ff. De oblig. et action.* Llamábase tambien esta herencia pretoria absolutamente *posesion*; por lo cual Ulpiano intitula *De possessionibus dandis* el título XXVIII de sus *Fragmentos*. Respecto de cuya rúbrica observa Eschultingio, pág. 671, que el nombre *posesion* no se suele tomar simplemente en este sentido; pero denotan lo contrario la *L. 12. ff. De carbon. edict. L. 77. §. 31. ff. De legat. 2.* Que algunas veces se leia tambien entre los antiguos *hereditatis possessio*, ya lo observó Cujacio en la *Obs. IV. 16.*

II. Segun Ulpiano, *L. 3. §. 2. ff. De bon. possess.*, la *bonorum-posesion*, ó posesion de bienes, es *el derecho de reclamar ó retener la posesion del patrimonio ó cosa que fué de cada uno, cuando se muere*. Mas como esta definicion sea un poco oscura, mejor será decir, que es una herencia adjudicada por edicto y arbitrio del pretor (2) á ciertas personas inhábiles por el Derecho civil.

(1) Ambos vocablos están exactamente distinguidos por el Emperador en el §. 4. *Inst. h. t.*

(2) El que hubiese estado en las facultades del pretor el dar ó negar la posesion de bienes, lo demuestran bastante algunos ejemplos, en

III. Por lo demas hai varias clases de posesiones de bienes: unas son *ordinarias*, introducidas por el pretor, *L. 3. §. ult. De carbon. edict.*; otras *extraordinarias*, que dimanaban de las leyes, senadoconsultos, constitucion de los príncipes, ó del Derecho nuevo, §. 3. *Inst. h. t.* Sobre las posesiones de bienes extraordinarios que se han derivado de las Constituciones de los príncipes, se ha de consultar á Cujacio, *Obs. XI. 14.* Las ordinarias, ó eran *edictales*, es decir, aquellas en que no habia necesidad de conocimiento de causa, *L. 30. §. 4. ff. De adquir. hered.*, *L. 1. §. 4. ff. Si tabule test. nullæ exstab*; ó *decretales*, que necesitaban conocimiento (1) y decreto, *L. 1. §. 7. ff. De success. edict.*, *L. 2. §. 1. ff. Quis ordo in possess. servetur*, *L. 2. §. 11. ff. ad SC. tertull. et orphit.* Una y otra se daban ó por testamento, ó abintestato: si era por testamento, entónces ó se daba contra el testamento (*contra tabulas* ó *contra lignum*), ó segun el testamento *pr. Init. h. t.*; ó si el testamento no se habia hecho por escrito, competia la posesion de bienes, segun la nuncupacion, ó contra ella, *L. ult. C. De bonor. poss. secund. tab.*

los cuales el pretor negó dicha posesion de bienes á ciertas personas, á quienes sin embargo no habia esceptuado en su edicto. En efecto Q. Metelo, pretor, rehusaba dar á un tal Vecilio, alcahuete, la posesion de los bienes de Juvencio, segun el testamento, solo porque era alcahuete, *Val. Max. VII. 7. 7.* Á veces no obstante intercedian tambien los cónsules: así es que habiendo Genucio, sacerdote de la Gran Madre, impetrado de Cn. Oreste, pretor, una posesion de bienes, segun testamento, el cónsul Mamerco Emilio Lépidio no dudó abrogar la jurisdiccion pretoria, no por otra causa sino porque Genucio, que tenia amputadas las partes genitales, no era varon ni mujer, *Val. Max. VII. 7. 6.*

(1) Á la verdad las posesiones de bienes unas se pedian de plano, y otras en el tribunal, *L. 2. §. 1. ff. Quis ordo in bon. possess.* Pero las que exigian decreto no podia darse de otro modo que en el tribunal; porque el decreto no podia interponerse de plano, ni el conocimiento de causa se hacia sino en el tribunal, *L. 3. §. Si causa, 8. ff. De bon. possess.*

L. 4. C. De bon. possess. contra tab. Abintestado se daba, ó á los que tenían derecho legítimo, ó á los que no lo tenían por *capitis-diminucion*. Finalmente la posesion de bienes ó se daba con la cosa ó sin la cosa. *Con la cosa*, si el que la habia recibido, retenia con efecto los bienes; *sin la cosa* cuando otro por Derecho civil podia lograr la herencia. Si, por ejemplo, habiendo un heredero suyo abintestato, se daba á otro la posesion de los bienes, esta posesion era *sine re*, sin la cosa, por cuanto al heredero suyo tocaba lograr la herencia por derecho legítimo, *Ulp. Fragm. XXVIII. 13. XXIII. 6.*

IV. Por lo que mira á las posesiones de bienes que se derivan de testamento, estas, segun dejo dicho, ó se daban *segun testamento*, ó *contra testamento*. La posesion de bienes contra testamento era la primera de todas, de que habia dado disposiciones el pretor en su edicto; por lo cual siempre que se daba contra testamento la posesion de bienes, se decia que se daba *por la primera parte ó por el primer edicto*, *L. 4. y L. 12. ff. De edict. carbon. y L. 2. ff. de bon. liber.* Cuyo órden recomienda muchas veces por su equidad *Ulp. L. 2. pr. ff. De bon. poss. sec. tab.*

V. Esta posesion de bienes se daba á los hijos emancipados, preteridos por el padre en el testamento, no á los suyos, pues estos, siendo preteridos, hacen nulo el testamento, *L. 1. ff. De injust. rupt. irr. fact. test.*, á no ser que prefieran usar del remedio que les compete por Derecho nuevo, *L. 2. C. De bon. possess. contra tab.* Propiamente sin embargo esta posesion de bienes, segun dije, solo pertenece á los emancipados; porque aún cuando á estos no se les debe herencia legítima, el pretor no obstante, siguiendo la equidad natural, llamaba tambien á estos á la posesion de bienes. *L. 1. §. ult. ff. Quis ordo in bon. possess.* En la misma parte del edicto llamaba á los adoptivos; pero no á los dados en adopcion, *Ulp. Fragm. XXXVIII. 3, pues*

á estos, por cuanto habian pasado á otra familia y hogar, no los ayudaba el pretor, sino en el caso de que ellos hubiesen sido instituidos herederos por el padre natural, y otros hijos preteridos. Entónces, pidiendo estos la posesion de bienes, eran aquellos admitidos al mismo tiempo, *L. 8. §. 11. ff. De bon. possess. contr. tab. L. 4. §. 12. ff. De ventr. in poss. mittend.* Per otra parte nada importaba el que los emancipados fuesen naturales ó adoptivos, ó naturales ó póstumos, ó de primero ó de ulteriores grados. *L. 1. pr. L. 3. pr. §. 1. y sig. ff. De bon. possess. contra tab.* Por lo demas los emancipados, en habiendo alcanzado contra testamento la posesion de bienes, debian dar una caucion á sus hermanos que habian quedado bajo potestad, de que presentarian los bienes que habian tenido á la muerte del padre, *Paul. Recept. sent. V. 9. 4. Ulp. Fragm. XXV. 4.*

VI. *Segun testamento* se daba la posesion de bienes á aquellos, á quienes, aunque nombrados herederos, obstaba alguna sutileza del Derecho civil. Y si no hubiese ó no pudiese ninguna de aquellas personas, á las cuales competia la posesion de bienes contra testamento (1), el pretor admitia á los herederos nombrados, con tal que el testamento estuviese signado con las firmas de no ménos que siete testigos, ciudadanos romanos, *Ulp. Fragm. XXVII. 6;* porque era la única solemnidad que requeria en los testamentos el pretor. Por lo cual dice Verres en su edicto, *Cic. Verr. I. 45:* « Si se duda acerca de la herencia, y se me presentaren las tablas de un testamento con un número de firmas no menor que el fijado por las leyes, daré principalmente la herencia segun las tablas del testamento. » Por cuyo pasaje conocemos

(1) El pretor no podia quitar su derecho á ningun heredero legítimo. Por lo cual esta posesion de bienes segun testamento no siempre se daba *cum re*, obstando el Derecho civil, *Ulp. Fragm. XXIII. 6.*

tambien que esta posesion de bienes es bastante antigua, especialmente observando en este lugar Ciceron, que dicho edicto era *trastaticio*.

VII La posesion de bienes *abintestato* se daba, no habiendo testamento, por ocho grados (1). El primero se llamó *Unde liberi*; y esta posesion de bienes se daba á los hijos, no solo emancipados y adoptivos, sino tambien á los suyos, á quienes llamaba para confirmar el Derecho civil; pero no á los dados en adopcion, *Ulp. Fragm. XXVIII. 8*. El segundo, *Unde legitimi*; y en esta parte del edicto llamaba el pretor á la posesion de bienes á aquel, á quien corresponderia ser heredero del difunto, si este hubiese muerto intestado (2). Tales eran los agnados, á quienes se debia la herencia, segun la lei de las XII Tablas, y tambien todos los demas, á quienes hacia herederos otra lei ó senadoconsulto, *L. 2. §. 4. L. 3. ff. Unde legit.* Á estos tambien se agregaba, segun el Derecho antiguo, el manumisor extraño, porque si uno que fuese á emancipar un hijo, le mancipase tres veces á un extraño por medio de la venta imaginaria, y este extraño manumitiese al mismo, sin que el padre natural hubiese interpuesto el pacto de fiducia sobre la remancipacion; el extraño adquiria para sí el derecho de patronato, y por tanto estaba en lugar de agnado. Véase arriba el *lib. 1. tit. XII. §. 9 y lib III. tit. VIII. §. 4*. Sin embargo á este manumisor extraño preferia el pretor diez personas, y este es el origen del tercer grado, *Unde decem personæ*. Tales eran el padre, la madre, el abuelo, la abuela, tanto pa-

(1) Ulpiano en el *Fragm. XXVIII. 7*, solo cuenta siete grados, omitiendo el grado sétimo.

(2) Estas son las propias palabras del edicto que conservó Juliano en la *L. 1. y 4. ff. Unde legitimi*; por lo cual esta posesion de bienes se llama tambien *Tum quem heredem*, por ser estas las palabras iniciales, *L. un. §. ult. ff. Ut ex legib.*

ternos como maternos, el hijo, la hija, el nieta, la nieta, así por parte de hijo como de hija, y el hermano ó la hermana, consanguíneos ó uterinos, §. 1. *Inst. h. t. Ulp.* segun el autor de la *Collat. leg. mos. et rom. XVI. 9. (1)*. Y de este capitulo dimanó la posesion de bienes de que hace mencion Valer. Máx. *VII 7. 5*. El cuarto grado era *Unde cognati*, porque aunque no llamasen á estos las leyes de las XII Tablas, *L. 1. pr. ff. Unde cogn.*, el pretor llamaba á sus allegados, y aún agregaba á estos los agnados capite-minuidos, *Ulp. Frag. XXVIII. 9*. Por el quinto *Tamquam ex familia* (2), eran llamados los agnados de patronos, á quienes por otra parte, segun las leyes de las XII Tablas, no se debia la sucesion en los bienes de los libertos, *Ulp. Frag. XXVIII. 7*. El sexto se titulaba *Pro patronis*, porque aunque hasta entónces pareciese haberse mirado bastante por los patronos y sus hijos constituidos bajo su potestad, sin embargo creyó el pretor que debia llamarlos, si acaso por el tiempo ó por repudiacion sucedia que no pudiesen presentarse apoyados por alguna de las precedentes partes del edicto. Y aún por esta parte del edicto eran tambien llamados los hijos de los patronos, con los cuales no se habia tenido cuenta en el Derecho civil. Véase á Teofr. *ad §. 1. Inst. h. t. Eschulting. Jurispr. vet. antejust. pág. 673*. Por lo cual no tenian por

(1) En los fragmentos de Ulpiano está omitido el grado de la posesion de bienes *Unde decem personæ*, acaso porque entónces la emancipacion se hacia interponiéndose el pacto de fiducia, no siendo por esta razon de mucho uso este edicto. Pero en las Pandectas se guarda un alto silencio sobre esta posesion de bienes, por cuanto se habia desvanecido en virtud de la constitucion de Justiniano, de que se habla en el §. 1. *Inst. h. t.*

(2) Ó mas bien *Tum quem ex familia*, porque todos estos géneros de posesion de bienes tomaron el nombre de las palabras iniciales de los capítulos del edicto. Cujac. *ad Ulp. Frag. XXVIII. 7. Jan. á Costa ad §. 2. Inst. h. t. y §. 4. Inst. Quib. mod. tut. fin.*

qué admirarse Fr. Hotomano, Bacovio, Arn. Vinio y otros varones doctísimos, de que en el edicto del pretor se llamase tantas veces á los patronos á la posesion de los bienes. El sétimo grado es *Unde vir et uxor*; pues aunque antiguamente no tuviesen los cónyuges necesidad del beneficio del pretor, haciéndose como se hacian las nupcias por confarreacion, ó por coencion, ó por uso, por cuanto entónces el marido tomaba todos los bienes de la mujer con el nombre de dote, y la mujer era respecto del marido heredera suya; (Véase arriba el *lib. 4. tit. X. §. 6. 7.*) no obstante era grande su uso desde que empezaron á ser mas raros aquellos ritos de las nupcias. Por lo demas en virtud de este edicto el marido sucedía á la mujer intestada, y la mujer al marido, si no habia nadie que por los grados anteriores fuese llamado á la posesion de los bienes, Teofr. *Ad §. 4. Inst. h. t.* Finalmente, en octavo lugar, eran llamados los *cognados del manumisor*; pues el que fuesen llamados á los bienes del hijo emancipado el padre manumisor y sus agnados y cognados, é igualmente el padre del patrono, aún cuando fuese este mismo libertino, lo manifiesta el Emperador en la constitucion tantas veces citada sobre la sucesion de los libertos, que existe en las Basílicas, *tom. VI. pág. 595.*

VIII. Hasta aquí se estendia el beneficio del pretor. Si no habia nadie á quien perteneciese la posesion de bienes, ó si aunque hubiese alguno, omitia usar de su derecho, ó no podia sacar fruto de él, ó se moria ántes de abrirse el testamento, todos los bienes, como caducos, cuasi caducos, erepticios y vacantes, se adjudicaban al pueblo por la lei papia púbea, y por tanto sucedía el erario, Ulp. *Fragm. XXXVIII. 7. L. 24. L. 43 pr. y L. 15. §. 3. ff. De jure fisci.* Tacit. *Annal. III. 28.* Despues esta clase de bienes no fué ocupada en parte por el pueblo, sino por el fisco, especialment en tiempo de Adriano, *L. 20. §. 6. ff.*

De hered. petit. Finalmente Antonino Basiano Caracalla (1) vindicó para el fisco todos los bienes caducos, Ulp. *Fragm. XVII. 2.*

IX. Habiendo el pretor introducido muchos grados de sucesion, y dispuestolos por órden, como en cada especie de sucesion hubiese frecuentemente muchas personas de desiguales grados, para que no se difriesen las acciones de los acreedores, y á fin de que tuviesen contra quien reclamar, y que no fuesen puestos con sobrada lijereza en posesion de los bienes del difunto; habia señalado cierto tiempo determinado para pedir la posesion de los bienes, á saber, para los padres y los hijos un año, y para los demas cien dias útiles, Ulp. *XXVIII. 10. §. 4. 6. Inst. h. t.* Si los dias en que el padre habia sabido corresponderle la posesion de bienes se contaban tambien al hijo, lo disputan Cujacio *Observ. XIV. 8.* y Meril. *V. 2.* Si no se pedia dentro de estos dias, era admitido á la posesion de bienes el siguiente grado, como si no existiesen los anteriores, §. 5. *Inst. h. t. Ulp. ibid. §. 11.* Todo lo cual dimanaba del *edicto sucesorio*, del cual existe un titulo en las Pandectas.

X. Por lo demas la antigua peticion ó reconocimiento de la posesion de bienes era solemne, segun se infiere de la *L. 4. C. Comm. de success.*; y por tanto debia hacerse con ciertas palabras y fórmulas determinadas, que hoy apenas consta cuáles hayan sido, ni pudo averiguarse á Brissonio. Tampoco podia pedirse la posesion de bienes ante cualquiera magistrado, sino solo en Roma ante el pretor, y en la provincia ante el presidente, *L. 2. §. 4. sig. ff. Quis ordo in bon. posses.* Pero estas fórmulas,

(1) Despues de Ezech. Espanhemio, demostró claramente Eschultingio, *De jurisp. vet. antejust. p. 617*, que siempre que Ulpiano cita absolutamente el Emperador, ó dice *Antonino*, se refiere por lo regular á Antonino Caracalla.

igualmente que la necesidad de recurrir al pretor ó al presidente, fueron suprimidas por los emperadores siguientes, §. *últ. Inst. h. t.*, y especialmente por Constantino, quien escluyendo las vanas sutilezas de palabras, concedió que se pudiese recurrir á cualquier juez ó magistrado, aunque fuese municipal, interponiéndose cualquier disposicion testamentaria, *L. últ. C. Qui admitt. ad bon. possess.*

XI. Al modo que de los herederos pretorios se decia que *pedian y demandaban* la posesion de bienes, así tambien la *daba* el pretor, y entónces se decia que la posesion de bienes *se recibia y admitia*. Al darla, usaba el pretor de esta fórmula : *Doi la posesion de bienes*. Pero si la daba interponiendo un decreto, decia : *Mando entrar en los bienes* (esto es, en su posesion), Valer. Máx. VII. 7. Otra era la razon de la fórmula, *Mando estar en la posesion*, que tenia lugar, cuando el pretor enviaba á la posesion para conservar la cosa ó conservar los legados, ó porque el reo no pareciese, ó no se defendiese. Per tanto estas palabras solemnes mas bien parecen haber pertenecido á la llamada *possesio bonorum* que á la *bonorum possessio*, Brisson. *Form. V. p. 408.*

XII. Este fué el Derecho antiguo de la posesion de bienes; pero Justiniano introdujo muchas novedades sobre este particular, segun su costumbre, pues de las posesiones de bienes abintestato quitó enteramente la tercera, quinta y octava especie. De las demas mandó hacer mencion en las Pandectas, habiéndolas despues inutilizado, por haber introducido en virtud de la *Nov. CXVIII.* un nuevo método de sucesion abintestato, §. 2. *3. Inst. h. t.*

TÍTULO XI.

DE LA ADQUISICION POR ABROGACION.

Varios son los modos de adquirir universales. Cayo, *Inst. II. 2. pr.*, refiere á ellos la *herencia*, la *compra* (por la cual no entendemos con Contio el acto de caer la mujer bajo la potestad del marido, ni con Aleandro la compra de la herencia, sino la compra de los bienes del deudor, V. Jac. Oisel *Ad Caii Inst. l. c. p. m. 92.*) y la *abrogacion*. Pero Ant. Contio, *Disp. jur. civ. I. 42*, añade, y con razon, otros modos de adquirir, como la *posesion de bienes*, la *adicion de bienes para conservar las libertades*, y la que se hacia *reduciendo una mujer libre á esclavitud por el senadoconsulto claudiano*. Habiendo pues tratado hasta aquí con bastante prolijidad el Emperador de las *herencias y posesiones de bienes*, y quedando ya arriba suficientemente explicada la *compra de bienes*, que ya no se usaba en tiempo de Justiniano, ahora trataremos de las demas especies de adquisiciones que se hacen por una universalidad de bienes. En este titulo hablaremos de la adquisicion por *abrogacion*, en el siguiente XII de la *adicion de bienes que se hace por conservar la libertad*, y por fin en el título XIII del *senadoconsulto claudiano*.

I. Qué cosa sea abrogacion, y con qué ritos y solemnidades se debia hacer, ya lo explicámos arriba en el *lib. I. tit. XI. §. 5. sig.*; donde tambien §. 6. 7. y 18, se observó que el abrogado pasaba á otro hogar y familia, y que por lo mismo el abrogador tenia bajo su potestad al abrogado, Gel. *Noct. attic. V. 19*. Siendo así pues que la patria potestad abrazaba tambien el derecho de que todo lo que adquiriesen los hijos, no lo adquirian para sí, sino

para el padre (Véase *lib. 1. tit. IX. §. 7.*), era consiguiente que el abrogador adquiriese todos los bienes y derechos del abrogado. Por lo cual se dice que por derecho tácito pasan al que abrogó, todas las cosas que habian sido del abrogado, *L. 14. pr. ff. De adapt.* Con su cabeza pues ó estado se trasferia tambien su fortuna á la familia y casa del abrogador, tanto que hasta las acciones y los nombres pasaban sin cesion, *§. 4. Inst. h. t.* No obstante el hijo era quien por derecho estricto permanecia siendo deudor, y por esta razon el abrogador no podia ser directamente demandado por deudas del hijo, *§. ult. Instit. h. t. L. pen. C. Ne ux. pro marit.*

II. Se esceptuaban no obstante aquellos derechos que solian destruirse por la capitis-diminucion. Tales eran las obligaciones de trabajos oficiales, el derecho de agnacion, el uso y el usufructo. Como todo esto se perdia por la capitis-diminucion, *L. 7. ff. De cap. demin. L. 1. ff. Quibus mod. usufr. amittatur*, Paul. *Recept. sent. III. 6. 39.* y sufrían esta capitis-diminucion todos los que se dejaban abrogar, no podia á la verdad pasar al abrogador con los demas derechos, *§. 4. Instit. h. t.*

III. Pero tambien esto lo quitó Justiniano, porque no concedió á los abrogadores la adquisicion de todos los bienes, sino solo el usufructo, conservando íntegro á los abrogados el dominio. Pero muerto el hijo abrogado, en la familia adoptiva, quiso que tambien pasara al abrogador el dominio de sus cosas, á no ser que quedasen otras personas, que por la constitucion antecadiesen al padre en aquello que no pudiese adquirirse, *§. 2. Inst. h. t.* El mismo Justiniano estableció, y con muchísimo fundamento, que el abrogador fuese demandado por los contratos del hijo abrogado, y que si no queria defender á este, fuese permitido á los acreedores poseer los bienes

del hijo, cuyo usufructo hubiera de tener el padre, *§. ult. Inst. h. t.*

TÍTULO XII.

DE AQUEL Á QUIEN SE ADJUDICAN LOS BIENES POR CAUSA DE LIBERTAD.

La adición ó adjudicacion de bienes por causa de conservar las libertades, es de tal naturaleza, que no puede entenderse sin el conocimiento de las antigüedades, Pero las costumbres que los antiguos observaban en la venta de los bienes, y otras cosas á que se hace alusion en este título, quedan ya esplicadas en otros lugares á que se remitirá aqui al lector.

I. Sucedia muchas veces que alguno, cargado de deudas, hacia testamento instituyendo heredero á un extraño, y legando al mismo tiempo á ciertos siervos la libertad, ó dándosela en fideicomiso. Si el heredero no aceptaba y repudiaba la herencia por sospechar deudas ocultas, las libertades quedaban tambien sin efecto y se destruían, *L. 2. C. De test. man. L. 1. C. De fideic. libert.*

II. Pero favoreciéndose mucho lo concerniente á la libertad, Divo Marco, emperador, estableció por un rescripto á Pompilio Rufo, que los bienes que ya no se podian vender sin ignominia del difunto, se diesen ó adjudicasen mas bien á algun siervo manumitido en el testamento (1), con la obligacion no obstante de que no solo habian de conseguir la libertad los siervos á quienes se habia dado, ya directamente, ya por fideicomiso, sino

(1) Este, á quien se adjudicaban los bienes, ni era heredero ni poseedor de bienes; pero se asemejaba á un poseedor de bienes, *L. 1. §. 21. ff. De fideic. libert.*

que tambien se habia de dar á los acreedores una caucion de pagar á cada uno *in solidum*. Y ni aún al fisco permitió el emperador que se adjudicasen los bienes de otra manera, que quedando salva la libertad á los que hubieran podido conseguirla, aceptándose la herencia. Este rescripto de Divo Marco existe íntegro en el §. 1. *Inst. h. t.* Sobre Pompilio Rufo, á quien dirigió el emperador el rescripto, disputan si fué siervo ú hombre libre. Teófilo piensa que fué siervo, *d. §. 1.* donde llama uno de aquellos que habian conseguido la libertad por testamento; pero lo niega Arnoldo Vinio, *ad d. §. 1.*, diciendo que estos nombres no convienen mejor á un siervo que los de Cayo Seyo, *L. 23. ff. De manumiss.* Pero á mi me parece que apenas debe dudarse que haya sido siervo, porque ¿quién hubiera movido á un extraño á permitir, que se le adjudicase con tan duras condiciones la herencia de Virginio Valente, sobrecargada de deudas? El nombre de Pompilio Rufo no parece dado por Divo Marco, sino por el emperador Justiniano, porque los libertinos solian tomar los nombres, ó de los manumisores, ó de aquellos de cuyo patrocinio dependian; y tal es tambien la opinion de Eguinario Baro.

III. Las causas pues de esta constitucion son, ya el favor de la libertad, ya la estimacion del difunto, que como hemos observado ántes en el *lib. II. tit. XVII. XIX. n. 11.*, quedaba vulnerada con la venta de los bienes.

IV. Pero tambien á estas disposiciones añadió, segun solia, algunas el emperador Justiniano en la *L. ult. C. De testam. manum.*, en la cual estableció, 1º que el derecho de pedir la adjudicacion de bienes fuese anuo. 2º Que si muchos, dando fianzas, pidiesen á un mismo tiempo esta adjudicacion, se les adjudicasen en efecto los bienes al mismo tiempo. 3º Que se tuviese principalmente consideracion al que hubiese prometido prestarse mas. 4º Que

aquel que dentro de un año ofreciese mas que el otro, en cuyo favor se habia hecho la adjudicacion, obtuviese los bienes, reteniendo el otro la libertad. Todo lo cual esplican mas latamente los comentadores.

TÍTULO XIII.

ABOLICION DE LAS SUCESIONES QUE SE VERIFICABAN POR LA VENTA DE BIENES Y POR EL SENADOCONSULTO CLAUDIANO.

Todo lo que pudiera decirse sobre la adquisicion por la venta de bienes, ya queda tratado arriba en el *libro II. tit. XVIII y XIX. §. 11.* Observados pues los ritos allí descritos, todas las acciones y derechos del difunto pasaban al sector ó comprador de los bienes; por lo cual tambien este era demandado por los acreedores de la propia manera que el poseedor de bienes, por cuanto ambos eran sucesores pretorios, *Car. Sigon. De Judic. l. 48. p. 450. Teofr. pr. Inst. h. t.*

I. Del senadoconsulto claudiano tambien hacemos mencion algunas vezes en el *lib. I. tit. III. n. 5. y lib. II. tit. XVI. núm. 8.* donde hemos esplicado en compendio la ocasion de él, y su historia, de suerte que creemos que nada hai que añadir aqui, sino únicamente que la mujer libidinosa, obligada á entrar en esclavitud, juntamente con la libertad perdia todos sus bienes, §. *Institut. h. t.*; lo cual abolió Justiniano, como indigno de su siglo, *d. §. Inst. h. t.*

TÍTULO XVI.

DE LAS OBLIGACIONES VERBALES.

§. DCCCXXVII, y DCCCXXVIII. Habiendo ya tratado los contratos reales, siguen ahora los verbales (1), en los cuales para producir obligacion nada se requiere mas

(1) Aunque por el Derecho romano las obligaciones no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades, como eran pregunta y respuesta, congrua preseneia de los contrayentes, y otras aún mas escrupulosas; nuestro Derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones, y tumando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca quiso obligarse, sin que pueda oponerse, que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano, *L. 2. tit. 46. lib. 5. de la Novísima*, que corrige la *L. 2. tit. 41. Part. 5.* De aquí se colige que el pacto ó promesa es un contrato, por el cual una persona promete á otra hacer alguna cosa, en que convienen con intencion de obligarse, *L. 1. tit. 41. Part. 5.* Para que el prometedor quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aún atendido nuestro Derecho, se requiero que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se espresé con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion; lo que no induce obligacion, por faltar la voluntad de obligarse. No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes y que parezca que quiso obligarse, y así aún la *L. 2. tit. 41. Part. 5.* que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde de un modo indeterminado, ó solo moviendo la cabeza, ó haciendo otra señal, no queda obligado, como si dijese *prometo*.

que palabras solemnes. Sabido es que por Derecho nuevo no hai mas que un contrato de esta clase, y que por el antiguo habia tres: estipulacion, señalamiento de dote, y la promesa jurada de obras ó servicios hecha al patrono. Despues hablaremos de la estipulacion, y ántes diremos, que *señalamiento de dote* era la solemne declaracion del suegro en que manifestaba cuánta dote habia de dar; á la que se seguia la aceptacion del yerno. Esto se colige del pasaje de Terencio en su *Andria, act. V. scen. VI. v. 47.*, cuando habiendo dicho Crémes: la dote, Pánfilo, asciende á diez talentos; á que responde Pánfilo: la recibo; añade el escoliasta: *si no hubiera dicho, la recibo, no habria dote. La donacion se confirma por la aceptacion, y no puede parecer dado aquello que no ha sido aceptado.* De donde se deduce la diferencia que hai entre la dición ó el señalamiento de dote, y la donacion y la promesa, pues la dote se daba, cuando se depositaba en poder de los áugures, y se prometia por una verdadera estipulacion (1). Véanse

(1) Así como en la mayor parte de las naciones los hijos permanecian en la casa paterna, siendo dueños y herederos de los bienes que hubiesen de heredar de sus padres, y las hijas solteras debian ser alimentadas de los mismos bienes, las ensadas despues de las bodas salian de ella, recibiendo dote, para no privarlas de la herencia paterna. Sin embargo en casi todas las naciones el marido dolaba á la mujer, no la mujer al marido. Esta costumbre estuvo vigente entre los germanos, asirios, babilonios, armenios y hebreos; pero permaneció por mas tiempo entre los germanos y las naciones que han traído su origen de los mismos. No obstante ser esta costumbre tan general, no se observó entre los romanos, los cuales dotaban á su hijas, aunque al mismo tiempo las admitiesen á recibir parte igual de la herencia con el resto de sus hijos; pues la dote se consideraba como el complemento del precio, por el cual las mujeres compraban á sus maridos, á diferencia de los germanos, entre los cuales los maridos compraban á sus mujeres. Y se consideraron en Roma tan necesarias las dotes, como que ellas solas diferenciaban á las concubinas de las mujeres legítimas. Pero posteriormente, habiéndose dado la lei voconia, las mujeres romanas recibieron únicamente su dote, y fueron escluidas del resto de la herencia paterna. Aquellas fueron muy espléndidas, pues

nuestras *Ant. rom. lib. 2. tit. 8. §. 4. La promesa jurada de obras* consistia en no ser el siervo manumitido ántes de prometer con juramento, contribuir despues de la manumision al patrono con cierto trabajos fabriles, aten-

la segunda mujer de Lucio Paulo llevó en dote veinte y cinco talentos; y el Africano el mayor prometió á ambas hijas bajo título de dote cincuenta talentos; pero no siempre consistia la dote en dinero contante, sino tambien en fundos y predios, tanto urbanos como rústicos, en esclavos y en esclavas, y en otras cosas que admitian estimacion, y podian servir al marido á sostener las cargas del matrimonio.

De tres modos se constituia la dote, pues ó se *daba*, ó se *prometia*, ó se *decia*; cuyas tres palabras se juntaban siempre en el Derecho antiguo, aunque por Triboniano se quitaron la mayor parte de las vezes estos vocablos solemnes, y se sustituyeron otros. *Darse* la dote se decia, si, estando presentes, se ofrecia al marido; lo que se hacia comunmente con la ceremonia de consignar el dinero en poder de los áugures, en la vispera de la boda, para entregárselo al marido al día siguiente de celebrada esta. *Se prometia* la dote, interpuesta estipulacion, con tal que la persona interrogada respondiese y prometiese al estipulante; y solia pagarse la dote prometida en tres plazos, esto es, al primer año uno, al segundo otro, y al tercero el último. Finalmente la *dicion de dote* se hacia con ciertas palabras solemnes, y consistia en que el que la habia de decir ó *senalar*, nombraba la suma, y el esposo la recibia, sin mediar estipulacion.

Decir la dote podia la misma mujer, ó su tutor, ó su padre, abuelo y otros parientes por agnacion. Pero *darla* y *prometerla* se permitia á todos, aunque no fuesen parientes. Mas la mujer nada podia hacer en estos casos sin autoridad del tutor: de aquí es, que si no le tenia, se le debia dar por el pretor urbano, segun la lei *papia poepea*, para *dar la dote, decirlo ó prometerla*.

Cualquiera cosa que daba el padre de la novia al yerno ó al padre de este, para sostener las cargas del matrimonio, se llamaba dote *profecticia*; y *adventicia* las cosas que cualquiera otro le ofrecia. Antiguamente ambas dotes pertenecian al marido; pero desusándose posteriormente el que las mujeres entrasen en su patria potestad, y siendo por otra parte muy frecuentes los divorcios, se empezó á distinguir entre la dote *profecticia* y *adventicia*. La *profecticia*, muerta la mujer durante el matrimonio, volvia toda al padre, ya fuese hija de familias, ya estuviese emancipada; y si moria ántes el padre que ella, permanecia toda en poder del marido. La *adventicia* siempre la adquiria el

ciones y regalos. Prometian con juramento, porque entre el señor y el siervo no podia mediar estipulacion; y entónces el pretor no declaraba libre al siervo por vindicta, á no ser que de nuevo prometiese. Pero así la dicion de la dote, como la promesa de obras, no están ya en uso; por lo cual hablaremos solamente de la estipulacion.

§. DCCCXXIX. La palabra estipulacion viene del verbo latino *stipulare*, estipular, es decir, confirmar, por ser un modo comun de dar valor á todas las obligaciones. Su definicion que se enseña en este §. ofrece poca dificultad. Es un contrato verbal, por el cual uno preguntando á otro que responde al caso, obliga á este á dar ó hacer alguna cosa. De esta definicion se infiere, que la esencia de este contrato consiste en preguntar y responder. Del que pregunta, se dice que *estipula*, y del que responde, que *promete*; y de aquí las palabras *estipulante* y *prometeor*, y el llamarse tambien *promesa* el mismo contrato.

§. DCCCXXX y DCCCXXXI. Pasemos ahora á las divi-marido, á escepcion del caso en que aquel que la habia dado, estipulase volviera á él: cuya dote se llamaba con el nombre especial de *recepticia*.

Mas como fuesen muy frecuentes en Roma los divorcios, con objeto de precaver que no echasen los maridos á las mujeres de su casa despues de disipada la dote, no solamente se concedió á la repudiada, que repitiese la dote por la accion dotal, la cual convirtió Justiniano en la accion de lo estipulado, sino tambien se mandó en el reinado de Augusto, que el marido no pudiese enajenar el fundo itálico dotal sin consentimiento de la mujer, ni obligarlo, aunque consintiese. La razon por que se limitó esta lei á los predios itálicos, es porque solos ellos podian ser usucapidos, y no los provinciales. De aquí es que no se necesitaba prohibir al marido la enajenacion del predio dotal provincial, porque la mujer podia fácilmente vindicarlo disuelto el matrimonio, sin podersele oponer la escepcion de usucapion; pero desde que Justiniano estendió el derecho de usucapion á los predios provinciales, no pudo ménos de prohibir tambien la enajenacion de los predios dotales sitos en las provincias, y al marido su enajenacion aun consintiendo la mujer.

siones. La estipulación ó es cierta ó incierta, puesto que se dice que promete cosa cierta el que promete especie ó cantidad, y cosa incierta el que promete en tales términos, que no aparece cuánto es lo que entra en la estipulación, *L. 75. pr. ff. De verb. obl.*; lo cual sucede, siempre que se ha prometido algún género ó hecho. Además las estipulaciones ó se hacen puramente, ó bajo condición, ó hasta cierto día. Pero como ya se ha tratado de esto, cuando hablamos de los legados, no hai para qué repetirlo aquí.

§. DCCCXXXII y DCCCXXXIII. Pasemos mas bien á los axiomas acerca de las estipulaciones, que vamos á esponer en estos dos párrafos. 1º Cuando se ha añadido una condición posible, el día no empieza ni viene sino existiendo la condición; cuando se ha prometido puramente, el día empieza y viene al instante. Este axioma es fácil en sí mismo. La condición suspende el negocio; pero donde no existe condición, el efecto de la condición no puede suspenderse. No obstante la última parte del axioma debe entenderse civilmente, de suerte que al prometedor le quede el espacio de tiempo necesario para proporeionar la cosa. 2º La condición imposible vicia la estipulación. La razón de este axioma la dimos en el §. 549., y es, que del que consiente en semejante condición, se debe creer ó que está loco, ó que se chancea. 3º En la promesa desde cierto día, el día ha empezado ya, pero no se cumple hasta que llega el día. Y sin embargo no por eso se deben intereses por razón de la morosidad, á no haberse prometido especialmente, porque este es un contrato de derecho estricto. 4º Si se ha prometido hasta cierto día, por ejemplo hasta diez años, la obligación es perpetua por derecho estricto; pero no obstante se destruye con la escepcion de dolo malo; y la razón es, porque en los contratos de derecho estricto los pactos añadidos no entran en la naturaleza del contrato, sino que

solo producen escepcion. 5º El día incierto que no sabemos si llegará, se tiene por condición; porque la cosa se suspende lo mismo por un suceso incierto que si fuese prometida bajo condición. ¿Qué importa en efecto que yo diga en estos términos: te daré ciento el día que fueres cónsul; ó en estos otros: te daré ciento, si llegas á ser cónsul? 6º En los contratos la condición existente se retrotrae al principio; lo cual sucede al contrario en los legados: por ejemplo, si uno prometiére ciento á un hijo de familia para cuando se casare, estos ciento, en cuanto al usufructo, se adquieren para el padre, aún cuando el hijo al casarse haya sido emancipado. 7º En la estipulación se requiere una respuesta que guarde proporción y correspondencia con la pregunta. Por lo mismo no vale si se respondió una cosa distinta de la pregunta, ó si en la respuesta se añadió algo que no estaba contenido en la pregunta. 8º La condición negativa suspende lo prometido hasta la muerte: v. gr. si uno ha estipulado para sí mil en el caso de que no mude de religion, nada recibirá en tanto que viviere, porque hasta la muerte no consta que no la mudará, §. 4. *Inst. h. t.* En los legados sucedia al revés á causa de la caución muciana, que se exigia del heredero ó legatario; pero esta caución solo pertenece á las últimas voluntades. 9º La esperanza fundada en la estipulación pasa tambien á los herederos. De aquí es que habiéndoseme prometido algo para el caso de que una nave volviere de la India, muerto yo ántes de que se cumpla esta condición, en cumpliéndose pueden pedirlo mis herederos. ¿Y por qué en los legados sucede lo contrario? Porque ántes de la muerte del testador no tiene el legatario derecho adquirido que pueda trasmitirse á sus herederos; pero el estipulante tiene por el consentimiento este derecho. Así es de poca fuerza la razón que en contra dan algunos, fundándose en que el afecto para

con el heredero, no es menor que el afecto para con el estipulante. 10º Nadie puede obligar á otro con su promesa, ó estipular para otro, §. 45. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es el haberse inventado la estipulacion para confirmar las obligaciones, §. 829. ; y ninguna estipulacion ni obligacion pasa de la persona, ni produce obligacion ni accion respecto de un tercero, §. 768.

§. DCCCXXXIV y DCCCXXXV. Pregúntase ya, cuál es la accion de este contrato? Respondo. Siendo este contrato de la clase de los nominados, la accion que produce, deberá llamarse *de lo estipulado*. Por entenderse mal el *orinc. Inst. h. t.* se dice comunmente, que si se trata de una cosa cierta, la accion se llama *condiccion de lo cierto*, y si de una cosa incierta, *condiccion de lo estipulado*. Pero cualquiera conoce que la accion que se entabla, viene á ser *de lo estipulado*, ya sea que se trate de una cosa cierta, ya de una incierta, y que estas añadiduras solo tienen por objeto el fijar la diferencia. Por consiguiente quien deduce esta accion es el estipulante ó su heredero contra el prometedor ó el heredero de este, para que presten la cosa ó el hecho, pero no los intereses, en atencion á que estos, segun dejamos dicho, no se deben por un contrato de derecho estricto, á no ser que se hayan prometido especialmente (1).

(1) En España, siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena, para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser ó convencional ó judicial. Convencional es la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente, para que el prometedor pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa, *L. 35. tit. 11. Part. 5.* La pena judicial es la que se pone sobre promesa hecha en juicio, v. gr. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que le hará comparecer

§. DCCCXXXVI y DCCCXXXVII. Como esta accion se da tambien para prestar un hecho, se suscita aquí la cuestion, de si es cierto lo que se dice vulgarmente, que el prometedor de un hecho no puede ser obligado á prestarlo, y que queda libre satisfaciendo lo que impone. Tal es la opinion del vulgo de los juriconsultos; pero son del parecer contrario algunos pocos, muy distinguidos, á saber, Cujacio, Corasio, Hubero y Tomasio, que publicó una disertacion particular sobre este punto. Comunmente se fundan en la *L. 72. De V. O. L. 73. §. fin. De re jud. L. 72. §. 2. De cond. et demonstr.* y en la *L. 2. ff. De lib. hom. exhibend.* Pero el que consultare estos testos, al instante echará de ver, que en ellos no se concede al prometedor la facultad de librarse de la obligacion prestando el importe, sino que se da al estipulante el arbitrio de obligar á que se preste el hecho, ó pedir su importe. Objetan ademas, que Justiniano en el §. *últ. Inst. h. t.* recomienda al estipulante de un hecho el que al mismo tiempo estipule una pena convencional. Pero esto no se funda en que nadie puede ser obligado al hecho, sino en que las mas veces es incierta la estimacion de este hecho, y la prueba por consiguiente difícil, si se quiere pedir el importe.

DCCCXXXVIII. [Segun lo manifestado en las notas á los párrafos anteriores, en España no hai diferencia entre p. cto.; promesas y estipulaciones por la *L. 4. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.*, la cual previene quede obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, de cualquier modo que fuere.]

en juicio bajo cierta pena, *L. 36. tit. 11. Part. 5.* Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta segun Derecho, *L. 38. tit. 21. Part. 5.*, si no es que la nulidad de la promesa, ó su defecto de valor, provenga de ser opuesta á las buenas costumbres, ó de ser usuraria, *L. 40. tit. 11. Part. 5.*, ó de estar hecha por medio de fuerza ó engaño, *L. 28. tit. 11. Part. 5.*

TÍTULO XVII.

DE LO QUE SUCEDE, CUANDO HAI DOS REOS
DE ESTIPULAR Y PROMETER.

§. DCCCXXXIX. La doctrina que ahora sigue, es mas sutil, y sin embargo mui usada en el foro. Tratamos de la obligacion de los *co reos*; la cual se entenderá fácilmente, si consideramos primero la regla, y en seguida las escepciones.

1º La regla es esta: *cuando dos ó mas se obligan, cada uno de ellos se obliga á prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada uno se debe á prorata.* De aquí es por ejemplo, que si yo y mi hermano prometemos ciento, cada uno de nosotros debe cincuenta; y si á mi hermano y á mí se nos ha prometido ciento, tambien se nos debe á cada uno cincuenta, pues la obligacion entre muchos prometedores y estipulantes se divide entre ellos *ipso jure*. En esto consiste la regla.

§. DCCCXL y DCCCXLI. 2º Pero esta regla tiene una escepcion, á saber, si la obligacion es co-real, porque entónces cada uno de ellos debe el todo, y á cada uno se le debe el todo. Si pues preguntamos quiénes son *reos ó co reos*, se respondera: todos los que prometen *en el todo*, ó estipulan *el todo* de otro para sí. Si prometen *en el todo*, se llaman *reos de prometer*: por ejemplo, nosotros, Ticio y Seyo, prometemos los dos por uno, y el uno por los dos, y por tanto cada uno *en el todo*, que pagaremos ciento. Si dos estipulan para sí la misma cosa *en el todo*, se llaman *reos de estipular*: por ejemplo, prometo á Ticio y Seyo, á los dos como al uno y al uno como á los dos, y por tant: á cada uno de ellos *en el todo*, que yo daré ciento.

Suele preguntarse, ¿ por qué se llama aqui reo á uno y otro, siendo así que nada se pide al estipulante, sino al prometedor? Mas respondo, que aqui no se llama reo aquel á quien se pide, sino la persona *contrayente*; y el estipulante y prometedor *contraen*. El origen del vocablo viene de la palabra *res*, cosa, como observó Festo en la voz *reus*; y de aquí se infiere por qué los *contrayentes* se llaman reos, y es porque *consintieron* en prestar y entregar la misma cosa.

§. DCCCXLII — DCCCXLIV. Hemos visto cuáles son los reos, ahora se ha de examinar, cómo *contraen* la obligacion. Como por Derecho romano no producian obligacion los pactos simples, de ningun modo podian obligarse los reos sino por la estipulacion. Por tanto eran *co-reos* de prometer los que respondian congruentemente á la misma pregunta. En Plauto, *Trin. act. V. esc. 2. v. 39.* tenemos un ejemplo oportuno del primer caso. Un jóven estipula para sí la esposa y dote, y pregunta, ¿ prometes darme tu hija por mujer con esta condicion? Y responden dos; primero Calicles: prometo; y despues Charmidas dice: tambien yo prometo lo mismo. Luego Calicles y Charmidas eran reos de prometer. Ahora supongamos que el esposo pregunta al suegro: prometes la dote de mil áureos? (1) y que este responde: prometo; y que luego el padre del esposo pregunta tambien: me darás estos mil áureos? y que responde este: los daré. Entónces el padre y el hijo son *co-reos* de estipular.

§ DCCCXLV y CCCCXLVI. Esto acerca de las definiciones de los *co-reos*, y de los modos de introducir su obligacion. Ahora toca ver sus efectos. El 1º de ellos es que cada uno se obligue *en el todo*, esto es, que no sea necesario demandar á uno y otro, sino que haya el arbitrio de in-

(1) Moneda de oro: en España se llamaba así la que hoy dia conocemos con el nombre de escudo.

tentar accion contra cualquiera de ellos, y pedirle toda la suma. 2º Que pagando el uno, se libre el otro, pues aunque ambos deben *el todo*, sin embargo no se debe á uno dos veces el todo, y por tanto, consiguiendo una vez lo que se debe, no queda ya mas derecho. 3º Que no gozan los co-reos del beneficio de division. Se ha de tener bien presente esta proposicion, porque vulgarmente disienten los juriscultos, y entre ellos Ludovico en su *Doctrina de las Pendectas, h. t.* En su apoyo traen violentamente el testo de la *Nov. XCIX. cap. 4.*, donde se dice que tambien los co-reos tienen el beneficio de division. Pero si lo examinamos, allí se trata del caso en que los co-reos salieron al mismo tiempo fiadores unos por otros. Entónces tienen este beneficio como fiadores, y no como co-reos; pues la obligacion co-real se introdujo con el fin de que no se dividiese la obligacion entre los prometedores. Así esplicó esto, despues de Cujacio y otros, Hubero, en sus *Prat. Instit. ad. h. t.* 4º Que cada uno de los co-reos de estipular puede exigir el todo. Luego si á mí y á mi hermano nos deben ciento *en el todo*, y yo pido toda esta suma, no puede el otro poner la escepcion de que no me debe tanto, puesto que me es deudor *en el todo*. 5º Que entre los co-reos de estipular hai el derecho de prevenicion, de manera que si uno lo exige primero, no puede repetirlo luego el otro, porque el prometedor lo debe solo una vez.

§. DCCCXLVII. Podria alguno preguntar, si uno de los co-reos ha conseguido el todo, ¿qué accion tiene entónces el otro para lograr su parte? Se responde que se ha de distinguir, si estos co-reos de estipular son ó no socios. En el primer caso interponen entre sí la accion de sociedad, porque esta compete para comunicar el daño y el luero: en el último no tienen ninguna accion. No *la de mandato*, porque aquel á quien se le debe el todo, no

obra por otro sino por sí mismo, no *la de agencia de negocios*, porque no maneja negocios de otro, sino los suyos; ni tampoco tienen la *accion de lo estipulado*, porque aquella estipulacion no se verifica entre los co-reos, sino entre estos y el deudor. De lo que se deduce que por Derecho romano no les resta ninguna accion, sin embargo de que les quedaba el amparo del oficio del juez, para que uno no se enriqueciese con perjuicio de otro. Y así se decidió esto espresamente en la *L. 62. pr. ff. Ad L. falcid.*

TÍTULO XVIII.

DE LAS ESTIPULACIONES DE LOS ESCLAVOS.

§. DCCCXLVIII y DCCCXLIX. Nada ocurre aquí, que no debamos saber por lo dicho en el título *per medio de qué personas adquirimos*. Allí sentámos el principio de que se adquiere por medio de nuestras cosas: estando pues tambien los siervos en la clase de cosas nuestras, es consiguiente que tampoco por la estipulacion adquieren nada para sí, sino todo para el señor. De este fundamento nacen ahora las siguientes conclusiones: 1ª estipulando el siervo, adquiere para su señor ya estipule para sí, ó para aquel, ó impersonalmente, ó con algun siervo. Impersonalmente se estipula si dice: se darán ciento? Siempre es para el dueño el luero de lo que se ha prometido así, por que el siervo no puede tener nada propio. 2ª Estipulando un siervo comun, adquiere para todos los dueños á prorata del dominio; y por tanto, si uno tiene el sestante del dominio y otro el deunce, con la misma proporcion se dividirá tambien entre ellos la suma prometida. Sin embargo se exceptúa el caso en que el siervo estipule para uno de los dueños especialmente y por su mandato.

3ª El siervo hereditario adquiere para la herencia; pues aunque la herencia yacente no tiene dueño, se finge no obstante que representa la persona del difunto, y por tanto también se adquiere para ella por medio de los siervos.

§. DCCCL. Esta es la regla: sigue la escepcion que es única; es decir, si el siervo ha estipulado para sí un hecho, pues entónces no se debe al dueño, sino al siervo, §. 2. *Inst. h. t.* Y por tanto, si alguno promete que afeitará siempre al siervo, no por eso puede exigir el dueño que se le afeite á él. La razon es, porque aquí se trata de las ganancias, esto es, del lucro que viene al dueño por el siervo; y el que estipula que se haga alguna cosa, no percibe ganancia, sino comodidad. Luego no puede resultar esto en beneficio del dueño.

§. DCCCLI. [Queda sin aplicacion en España la doctrina de este título, por haber desaparecido la esclavitud.]

TÍTULO XIX.

DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

§. DCCCLII y DCCCLIII. Arriba vimos varias divisiones de las estipulaciones, §. 850 y sig.; pero resta ahora una, que se examina particularmente en este título. De las estipulaciones unas son *pretorias*, que se celebran ante el pretor de oficio; otras *judiciales*, que provienen del oficio del juez pedáneo; otras *comunes*, que puede exigir bien el pretor, bien el juez pedáneo; otras últimamente *convencionales*, que intervienen entre los particulares á su arbitrio. De las convencionales pueden ser innumerables especies, pues como arriba dijimos, no se verificaba ningun negocio de compra, de locacion, de dote, ni otro al-

guno, á que no se acostumbrase agregar la estipulacion, como el principal fundamento de las demas obligaciones. Lo que demostró con mil ejemplos Brissonio *De formulis rom.* Las tres primeras toman un nombre singular, y se llaman *cauciones*, de que se tratará ahora de propósito.

§. DCCCLIV. La primera caucion pretoria es la del *daño no hecho*. Se dice daño no hecho, porque aún no se ha causado. En este sentido tiene lugar esta caucion, si el edificio del vecino amenaza ruina, y por tanto es de temer que me sobrevenga daño. Entónces á la verdad no tengo aún accion, porque no me ha resultado daño; sin embargo puedo exigir la caucion de que si dentro de cierto tiempo se sigue ruina, el vecino me resarcirá todo el daño. Se ha de observar pues aquí, 1º que siempre se ha de señalar cierto tiempo, por ejemplo, diez años, para que no se mande asegurar hasta el infinito, y se grave á otro sin razon. No obstante, si pasado el tiempo pareciese que aún amenaza peligro, se repetirá la estiplacion. 2º Si el otro no quiere afianzar, se puede embargar su casa en virtud de un primer decreto, hasta que afianze dentro de cierto tiempo. 3º Si también se escusa entónces, hai lugar al embargo en virtud de segundo decreto, y puede venderse la casa, entregando el precio al dueño.

§. DCCCLV. Ahora sigue la caucion *por conservar legados*, que es necesaria siempre que el testador deja á alguno legados ó fideicomisos para cierto dia ó bajo de condicion. Pues no habiendo llegado todavía el dia ni en uno ni en otro caso, y no debiéndose siquiera en el primero, fácilmente podria suceder que el heredero consumiese entretanto los bienes, ó discurriese otros medios para no entregar el legado. Por tanto, para que el legatario y fideicomisario estén seguros respecto del legado y fideicomiso que se les debe, pueden exigir del heredero caucion de que prestará los legados ó fideicomisos, cuando

llegue el día; y el pretor mandaba prestar esta caucion. Por lo que esta caucion *por conservar legados* es pretoria, *L. 114. §. 12. ff. De legat. y todo el tit. ff. Ut leg. nom. cav.*

§. DCCCLVI. Estas eran las estipulaciones pretorias: siguen las judiciales, que antiguamente mandaba prestar el juez pedáneo, no el pretor ni otro magistrado. Tal es la caucion de *dolo malo*, que se hace necesaria, cuando se litiga sobre la restitution de alguna cosa, por ejemplo, entablada la vindicacion de la cosa, ó la condicion furtiva; pues entónces, si durante el juicio aparece que el poseedor usa mal de la cosa, deteriorándola de tal modo que perezca, y que no la podrá restituir íntegra, sino como en esqueleto; el juez pedáneo, pidiéndolo el actor, manda afianzar que el poseedor entregará la cosa sin dolo ni detrimento, si se le condena en la sentencia, *L. 20. L. 54. ff. De rei vind. L. 13. ff. De pign. act.*

§. DCCCLVII. Del mismo género es la caucion de *perseguir al siervo que se ha fugado*; la cual tiene tres usos: 1º si uno quita por fuerza á otro un hombre, y mandando el juez que lo restituya, dice que se fugó; no solo se le condena á prestar su valor, sino que tambien tiene que afianzar que le perseguirá diligentemente, *L. 14. §. 15. ff. Quod met. causd.* 2º Si uno niega al legatario el siervo que se le habia legado, diciendo que se ha fugado, pues entónces manda el juez al heredero, que persiga al siervo á sus espensas, y que afianze que así lo hará, *L. 39. L. 69. §. ult. ff. De leg. 1.* 3º Si el marido recibe de la mujer un siervo dotal, y al restituirle, disuelto el matrimonio, dice que se ha fugado; pues entónces debe afianzar el marido, que le perseguirá á fe de buen varon, y le entregará, *L. 25. §. 3. ff. Solut. matr.*

§. DCCCLVIII. Últimamente es judicial la caucion de *restituir el precio*, la cual se ha de interponer, siempre

que no puede entregarse la misma cosa, y no se presenta en el momento la estimacion ó precio, *L. 25. §. 10. ff. Fam. ercisc.* Tambien hai otras, como de adquirir la cosa ausente y presentarla, *L. 18. ff. Ad exhib.*; de prestar la iademnizacion, *L. 19. L. 58. ff. De rei vind.*; de verificar el pago en cierto lugar y tiempo, *L. 4. §. 1. ff. De eo quod certo loco.*

§. DCCCLIX. Dijimos que eran *comunes* las estipulaciones, que se mandaban interponer igualmente por el pretor que por el juez, y de estas se refieren dos en este párrafo: 1ª la caucion de que se *conservarán salvas las cosas del pupilo*; la cual prestan los tutores legítimos y los dados por los magistrados menores; no los testamentarios, cuya confianza aprobó el testador, ni los dados por los magistrados mayores, porque la pesquisa de estos tenia el valor de caucion: de este asunto se trató en el §. 279. Mas se pregunta ahora, ¿cuándo exige esta caucion el pretor, y cuándo el juez? El pretor la exige, siempre que se constituye el tutor al principio, aunque no se suscite pleito sobre ello. Mas el juez pedáneo manda afianzar, si, por ejemplo, el tutor reconviene al pupilo por la accion contraria de *tutela*, y el pupilo le pone la objecion de que nunca afianzó que le quedarían salvas sus cosas. Entónces todavía se le mandará afianzar. *L. 13. pr. ff. De tut. dat.* 2ª La caucion de *válido* la presta el procurador, pero no todos; por lo cual se ha de notar esta distincion: ó manifestamente no tiene el procurador ningun mandato, ni verdadero ni presunto, (en cuyo caso es claro que no es admitido, aunque quiera prestar caucion, porque es un falso procurador, *tit. ff. De eo quod fals. tut. auct.*) ó el procurador tiene verdadero mandato, (en cuyo caso tambien es claro que no necesita caucion), ó tiene mandato verdadero, pero defectuoso, ó solamente presunto. Por ejemplo, si el marido obra en juicio por la mujer, ó el

hijo por el padre, entónces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, como puede verse en todo el *tit ff. Rem, rat. hab.* Si esta caucion se exige ántes de la contestacion del pleiio, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX y DCCCLXI. Últimamente siguen las cauciones ó estipulaciones *conventionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. La estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios: de aqui es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion, y por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. De contr. empt.* Plauto, *Epid. act. 3. scen. 4.* Á nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas; por ejemplo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 41. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladron, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 43. ff. De novat*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los juriscultos ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

TÍTULO XX.

DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman también inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1^a por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2^a Por las cosas que entran en la estipulacion, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposicion y arbitrio, §. 867 y 868. 3^a Por no guardar la forma de la estipulacion, §. 869-871.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1^o *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulacion ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y portanto hacen peor su condicion. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condicion, §. 254, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestion: ¿se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapazes de obligacion civil; pero aún cuando esto sea mui cierto respecto del pupilo, con todo los menores también se

hijo por el padre, entónces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, como puede verse en todo el *tit ff. Rem, rat. hab.* Si esta caucion se exige ántes de la contestacion del pleiio, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX y DCCCLXI. Últimamente siguen las cauciones ó estipulaciones *conventionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. La estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios: de aqui es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion, y por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. De contr. empt.* Plauto, *Epid. act. 3. scen. 4.* Á nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas; por ejemplo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 41. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladron, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 43. ff. De novat*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los juriscultos ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

TÍTULO XX.

DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman tambien inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1^a por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2^a Por las cosas que entran en la estipulacion, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposicion y arbitrio, §. 867 y 868. 3^a Por no guardar la forma de la estipulacion, §. 869-871.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1^o *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿ cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulacion ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y portanto hacen peor su condicion. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condicion, §. 254, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestion: ¿ se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapazes de obligacion civil; pero aún cuando esto sea mui cierto respecto del pupilo, con todo los menores tambien se

obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hub-ro en su *Diss. phil. jurid. B. Diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L. 101. ff. De V. O.* se dice, que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulación sin el consentimiento de los curadores, ¿quién negará que en este lugar no se entiende la obligación natural, sino la civil? Verdad es que de la estipulación no nace obligación natural, sino civil. (b) Ni se infiere otra cosa de la *L. 43. De O. et A. L. 9. §. 4. ff. De iurejur.*, donde dice el juriconsulto que pueden los menores prestar juramento; lo cual no puede hacer sino el que tiene libre facultad de disponer y obligarse. (c) Se manifiesta esto de que los menores tienen restitución *in integrum*. Porque ¿qué necesidad tenían de restitución, si no estaban obligados civilmente y con efecto? 2º El otro axioma que aquí notamos es, que toda estipulación requiere dos personas, una estipulante y otra prometedora, pues la estipulación es un contrato, y contrato es el consentimiento de dos ó mas sobre una misma cosa. De esto se deduce claramente (a) que no puede haber estipulación entre el padre y el hijo (1), porque jurídicamente son una persona, y no dos, §. 139. 6, (b) ni entre el dueño y el siervo, que también está ligado por el vínculo de potestad. Y ciertamente, no siendo el siervo por Derecho romano persona, es evidente que mucho ménos, negociando el dueño y el siervo, pueden considerarse como

(1) Los hijos pueden prometer, y serán válidas las promesas que hagan á sus padres de los bienes castrenses ó casi castrenses, *L. 6. tit. 11. Part. 5.*; lo mismo la que se hace entre hermanos de los mismos bienes. No valdrá el pacto celebrado por la mujer casada sin licencia de su marido, ó con la habilitación judicial en caso de ausencia de aquél ú otro cualquier impedimento legal. Tampoco vale la promesa del pródigo, á quien se ha prohibido la administración de sus bienes, por estar equiparado en Derecho al furioso.

dos personas. (c). Últimamente es digno de observarse que dos hermanos constituidos en la potestad del mismo padre, tampoco pueden estipular entre sí, como expresamente se ve por la *L. 38. ff. De condict. indebit.*; pues aunque sean dos personas, sin embargo, como los hijos de familia no tienen nada propio, sino que por Derecho antiguo todo era del padre, el estipular el hermano con el hermano sería igual á que el padre estipulase consigo mismo; pues lo que el hermano promete dar, es del padre, y lo que adquiere el otro hermano estipulando, lo adquiere para el padre.

§. DCCCLXV y DCCCLXVI. El tercer axioma es: *ninguno puede estipular para otro mas que para sí mismo*. La razón de este axioma se da en el §. 19. *Inst. h. t.*, diciéndose, que se han inventado las estipulaciones ú obligaciones, para que cada uno adquiera para sí lo que le convenga. Por lo demás, si se da algo á otro, esto no es del interés del estipulante. Pero no es menester que vayamos tan adelante: basta decir, que esto se deriva de la misma naturaleza de la obligación, la cual es un vínculo del Derecho, por el que somos compelidos á pagar alguna cosa, §. 768. Y de esta definición se sigue inmediatamente que la obligación no sale de la persona: si no sale de la persona, ninguno puede pedir lo estipulado sino aquel que estipuló; y por tanto ninguno puede estipular sino para sí mismo; que es lo que se quería demostrar. Ahora fácilmente se entenderán los siguientes axiomas: (a) el padre no puede estipular para el hijo, á no ser heredero, *L. 47. §. 4. L. 33. ff. De pactis*; pues aunque semejante estipulación sea útil al padre estipulante, no lo es sin embargo al hijo, porque este no adquiere nada, viviendo el padre. Mas aprovecha al hijo heredero, porque entónces este sucede en todos los derechos del difunto. (b) Si alguno ha estipulado copulativamente para sí y para Ticio, solo

vale la estipulación respecto de la parte del estipulante, pues el otro no adquiere ningún derecho por la estipulación de un tercero; §. 4. *Inst. h. t.* (c) Si alguno estipula para sí ó para Ticio disyuntivamente, vale la estipulación, de manera que el prometedor se obliga solo al estipulante, quedando sin embargo dueño de pagar á este ó á Ticio. Esto proviene de la regla de interpretación, según la cual *las palabras se han de interpretar de modo que tengan efecto*. Y puede semejante estipulación tener efecto, si suponemos que el estipulante estipula para sí, pero que trasfiere el pago á Ticio. (d) Bien puede el tutor estipular con el contutor que administra la tutela, que quedarán salvas las cosas del pupilo, pues no tanto estipula para el pupilo como para sí, porque si el contutor administra mal los bienes, no solo es el peligro para él, sino que también pertenece al contutor: y cuando á nosotros nos resulta interés, también podemos estipular para otro, §. 20. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII y DCCCXVIII. Hacen inútil la estipulación las cosas que entran en ella, 1º ó porque no están en el comercio, por ejemplo, si uno promete un templo; 2º ó porque manifestamente no existen ni pueden existir, por ejemplo, si uno promete un fauno, un sátiro, un centauro. Mas las cosas que pueden existir, aunque verdaderamente no existan, pueden prometerse útilmente, por ejemplo, la vendimia del año que viene, *L. 73. ff. De V. O.* Se ha de observar de paso, que en las *Inst. §. 1. h. t.*, se leen las siguientes palabras: *si quis rem quæ in rerum naturâ non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit*. Pero *aut* se toma allí por *et* como otras muchas veces, *L. 53. ff. De V. S.*, y así se traducirá: *si alguno estipulase que daría una cosa que no existe, ni puede existir, etc.* También estipulamos inútilmente, 3º cuando ya son nuestras las cosas que se nos prometen. ¿Cómo puede dárse nos

ni hacerse nuestro lo que ya nos pertenece? 4º Porque las cosas sean torpes ó imposibles. Á la verdad las cosas torpes también son imposibles moralmente, como muy bien y elegantemente observa Papiniano, *L. 15. De condit. instit.*, y no hai ninguna obligación para las cosas imposibles. 5º Porque se prometa un hecho ajeno, pues nadie puede prestarlo. Sin embargo se ha de distinguir, si uno prometiese un hecho meramente ajeno, ó que él lograría que otro lo hiciese, ó últimamente, si se obligase á la indemnización. En el primer caso la promesa es inútil: en el segundo es útil, pero el prometedor se libra, si prueba que por su parte hizo lo que pudo, porque ninguno está obligado á cosas imposibles, *L. 185. ff. De R. J.* En el último caso está obligado indistintamente, aunque pruebe que no dejó piedra por mover, pues se obligó á sí mismo, y no á otro.

§. DCCCLXIX — DCCCLXXI. En tercer lugar, se halla vicio también en la estipulación respecto de la forma; lo cual la hace inútil. La forma de la estipulación consiste, 1º en el consentimiento de los contrayentes; 2º en la conformidad entre la respuesta y la pregunta; y 3º en las palabras proferidas vocalmente estando uno y otro presentes. Si faltase alguna de estas tres cosas, no existe estipulación. Colegimos pues del primer requisito, que todas las estipulaciones son inútiles, 1º cuando el prometedor y el estipulante no convinieron en lo mismo; lo que sucede por error en la cosa ó en la persona, pues si solo se yerra en el nombre ó en un punto accidental, es útil la estipulación. 2º Cuando estipula ó promete uno bajo de condición imposible, pues entónces consienten á la verdad los contrayentes; pero al mismo tiempo muestran, ó que se burlan, ó que no están en su juicio; y en uno y otro caso no pueden contraer. De aquí se deduce ahora fácilmente, por qué la condición imposible vicia el contrato, § 14.

Inst. h. t. L. 31. De obl. et act., teniéndose por no escrita en los testamentos. Pero ya se satisfizo á esto, cuando se trató de los legados, §. 832. 3. Del segundo requisito se infiere, que no puede resultar obligacion, si uno responde otra cosa distinta de lo que se le ha preguntado; de suerte que entónces no vale la estipulacion, ni aún en la suma en que se convino; como si se prometiese ménos de la cantidad que se pedia. Pues aunque la parte se contenga en el todo, *L. 113. ff. De R. J.*, sin embargo existe un testo espreso en el §. 5. *Inst. h. t.*, que se ha de notar contra los que disienten de esta opinion. Pero si se piden dos cosas diversas, y se promete una, el prometedor estará obligado respecto de esta, §. 1^o. *Inst. h. t.* Últimamente inferimos del tercer axioma, que no puede intervenir ninguna estipulacion entre los ausentes. Por tanto en vano estipulará uno por cartas, por un comisionado ó procurador, pues la estipulacion es un contrato verbal de tal naturaleza, que se han de proferir de viva voz las palabras solemnes. Sin embargo, si existe escritura ó instrumento en que se dice que hubo estipulacion, se tiene por verdadero, hasta que se pruebe lo contrario. De aquí la regla de los doctores que dice, que á favor de la escritura existe la presuncion de la verdad y solemnidad; cuyo fundamento está en el §. 17. y 21. *Inst. h. t.* Por lo demas esta regla presta grande utilidad, no solo en las estipulaciones, sino tambien en los testamentos, y en todos los demas instrumentos; y por esto la esplican estensamente Mascardo, Menoquio, Fulvio Paciano, y otros que escribieron de las presunciones.

TÍTULO XXI.

DE LOS FIADORES.

§. DCCCLXXII — DCCCLXXIV. Trátase aquí de los fiadores, porque la fianza es una especie de estipulacion, que no se contraia de otro modo que por una pregunta y la correspondiente respuesta: afianzas? afianzo: prometes caucion? la prometo: prestas caucion? la presto: mandas? mando. De donde viene que los fiadores se llamaban tambien *fideipromisores*, *adpromisores*, y si la fianza se hacia ántes que se contrajese la deuda principal, se denominaban *mandatores*. En cuanto á lo demas, se pregunta, 1^o qué es fianza, y cuál es su naturaleza, §. 873 y sig.; 2^o quiénes pueden ó no salir fiadores, 875 y sig.; 3^o á qué obligaciones puede aplicarse la fianza, §. 877 y sig.; 4^o qué efecto tenga aquella, §. 879.; y 5^o qué beneficios competen á los fiadores, §. 880 — 886. En cuanto á lo primero, sabremos la naturaleza de la fianza, parte por la definicion, y parte por los axiomas que se derivan de ella. *Fiador es el que consiente en una obligacion ajena por medio de la estipulacion, sin causar novedad en ella.* Nada se pone en vano en esta definicion. Decimos que el fiador *consiente* en una obligacion ajena, porque la fianza es un contrato accesorio, como lo llama mui bien Puffendorf; y de aquí es que ántes debe existir la obligacion principal que la fianza, pues si esta precede á la obligacion principal, no es fianza, sino mandato. Decimos ademá que el fiador *consiente por medio de la estipulacion*, pues si uno responde de otro sin interponer estipulacion, no afianza, sino que *promete*. Por tanto se diferencian la fianza y el *dinero prometido*, en que aquella es un contrato verbal ó estipulacion, y este un pacto pretorio; de

aquella nace la accion de lo estipulado, de este la accion de dinero prometido. Decimos últimamente en la definición, que el fiador consiente en la obligacion ajena sin causar novedad en ella, pues no se quita la obligacion principal, ni se libra el deudor, porque otro le salga fiador, sino que este se agrega á la obligacion para mayor seguridad del acreedor; Asi pues, si yo dijese que tomaba á mi cargo la obligacion de Pedro, de manera que claramente quedase este libre, no seria esta fianza, sino *promesa formal*, cual es sin duda aquella del apóstol san Pablo, *Philem. v. 18 y 19: si te hubiese causado algun daño, ó te debiese alguna cosa Onesimo, yo me obligo por él. Yo Pablo, que te escribo de mi puño y letra, te lo pagaré.* Con esto se entenderán fácilmente cuatro axiomas acerca de la fianza, que corresponden al §. 874: 1º *la fianza es estipulacion*, pues en otro caso no se diferenciaria de la promesa. 2º *La fianza es un negocio civil y varonil.* Asi se llama espresamente en la *L. 1. ff. ad SC. vellej.*, y en la *L. 2. pr. ff. De R. J.*, porque se celebraba este negocio á presencia de varones. Véase á Jac. Gothofr. *Coment. ad reg. Jur. lib. 2.* 3º *La fianza es un contrato accesorio*, pues se ha inventado para seguridad del acreedor, á fin de tener obligado al deudor, y si este no paga, al fiador. 4º *Antiguamente el fiador estaba obligado como co-reo, en el día solo subsidiariamente.* Es decir, que antiguamente estaba en el arbitrio del acreedor reconvenir al deudor ó al fiador segun queria, *L. 20 ff. De cond. indeb. L. 16. §. ult. ff. De fidejuss. L. 5. C. De fidejuss.*; y de aquí aquel dicho de Tháles Milesio, *promete, y el daño estará cercano.* Es verdad que el mismo derecho tiene hoy día el acreedor de poder demandar al deudor ó al fiador; pero este goza ahora del beneficio de orden, de que se hablará despues; y si usa de él, no está obligado á pagar, sin que ántes se proceda contra los bienes del deudor principal.

§ DCCCLXXV y DCCCLXXVI. En esta otra parte del titulo se pregunta, quiénes pueden ser ó no fiadores. Respondemos segun el primer axioma, que todos los que pueden obligarse estipulando; y con arreglo al segundo, los que pueden celebrar un negocio civil y varonil. Asi como del primero se sigue naturalmente que no pueden salir fiadores los niños, los furiosos, los mentecatos, ni los sordomudos, por no saber lo que hacen, ni poder proferir las palabras solemnes; y ni aún los pródigos, ni los pupilos, ni los menores, sin interponer su autoridad el tutor; así del último puede inferirse la razon, por que tampoco los militares pueden afianzar por los paisanos, *L. 8. §. 1. Qui satisd. cog.*, ni los clérigos por los legos, *Nov. 123. cap. 6. (1)*, ni las mujeres por los estraños ni por sus maridos. La fianza de las mujeres por los estraños la impidió el SC. veleyano, que quitó á esta fianza todo el efecto, y concedió á la mujer la misma condicion del dinero pagado, á no ser que 1º saliese fiadora de sus cosas, *L. 8. §. 1. ff. Qui satisd. cog.*; 2º ó recibiese algo por la fianza; 3º ó usase de dolo; 4º ó ejerciese el comer-

(1) Segun la *L. 45. tit. 6. Part. 6.* los clérigos tambien pueden ser fiadores de las personas miserables. Ademas de los casos que cita Heineccio, en que la mujer puede ser fiadora, segun nuestras leyes lo puede ser en los siguientes: 1º por causa de libertad, fiando á un esclavo por el precio de su rescate: 2º por razon de dote, si la ofrece á otra mujer para casarse: 3º si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva ó entrega prenda al acreedor, para la seguridad del débito: 4º si recibe precio por ser fiadora: 5º si se viste de varon ó hace otro engaño, para que la admitan por tal, creyendo que es varon: 6º si fia por su hecho propio á quien la fió, *L. 3. tit. 12. Part. 5.*: 7º por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido, sin que su mujer se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio ó hipoteca que tiene en los bienes de su marido; pues como á dote y fisco corren paridad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho. Tampoco pueden ser fiadores los labradores, mas que entre personas de su clase.

cio, 5º ó renunciase á su privilegio. El afianzar la mujer por el marido, lo prohibió la *Auth. Si qua mulier C. de SC. vellej.*; y por tanto esta fianza es de ningun valor, á no ser que la mujer renunciase el beneficio que le compete. Y ha de observarse, 1º que ántes de la renuncia debe la mujer estar cierta de su privilegio, y 2º que segun la práctica, puede renunciarse estrajudicialmente el senadoconsulto veleyano, *L. fin. §. penult ff. De fidejuss. L. 2. C. de SC. vell.*; mas conforme á la Auténtica ya descrita, solo con juramento y judicialmente, *cap. Cum contingat, X. De iurejur.*

§. DCCCLXXVII y DCCCLXXVIII. La tercera pregunta en este título es, en qué negocios pueden añadirse fiadores. Segun el axioma tercero, respondemos, 1º en todos los contratos, y aún en las obligaciones naturales y destinadas de efecto civil. Y de aquí es que puede suceder que el principal deudor no esté obligado civilmente, y sí el fiador. Por ejemplo, si alguno afianza por el pupilo que promete sin la autoridad del tutor, el pupilo no puede ser ofendido, y sin embargo estaria sujeto el fiador. No obstante ponemos una escepcion, y es, que no se obliga el fiador, si las leyes civiles desechan claramente la obligacion del deudor principal, ó la condenan, lo que sucede en el SC. veleyano. Por tanto, si uno sale fiador por la mujer que afianza, no queda obligado: pero sí afianzando por un deudor que sea hijo de familias, porque la lei reprueba manifiestamente la obligacion de la mujer que afianza, y el senadoconsulto macedoniano no desecha la obligacion natural del hijo de familias, si toma dinero prestado, sino que solo le concede una escepcion; y conoceremos fácilmente cuándo la lei reprueba ó no enteramente la obligacion, examinando si concede solo una escepcion, como lo hace el SC. macedoniano, ó si tambien la accion ó condicion de lo que no se debe, como sucede

en el SC. veleyano. Mas se pregunta, 2º ¿se admiten tambien fiadores en los delitos? Debe distinguirse, si la accion es popular ó no. En las populares están escludidos los fiadores, *L. 56. §. ult. ff. h. t.*: en las demas se distingue, si la causa es capital ó no. Si la pena es meramente pecuniaria, bien pueden darse fiadores en la obligacion. *L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. ff. h. t.* Tambien se admiten fiadores, si no aparece ningun indicio contra el reo, y este, conseguido un salvoconducto, quiere dar fiadores de presentarse en juicio. Mas no se admite fiador en delitos que merezcan la pena capital ú otra corporal afflictiva, porque no puede el fiador sufrir esta pena, si se fugase el reo. Se pueden ver ejemplos de esto en Andovide, *Orat. de mysteriis*, Ciceron, *De amicit. cap. 10.*, y en las *Excerpt. Peiresc. p. 244.* Hygin. *Fab. 257.*, cuyos ejemplos quiso tambien apoyar el esclarecido juriconsulto Paulo Voet. *De statut. sect. V. c. II. §. 22.*; pero fué refutado sólidamente por Hercio *ad Puffendorf. de J. N. et G. lib. V. c. 10. §. 12.* Del mismo axioma se deriva, 3º que el fiador puede obligarse *mas*, pero no *en mas*. Pues aunque seria absurdo que yo debiese ciento y el fiador se obligase en doscientos (1), porque lo accesorio debe seguir á su principal; no seria lo mismo, que debiendo yo por escritura, se obligase el fiador dando prenda. Porque el

(1) El fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal; pero esto no impide para que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente; puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad; y aún atendida la lei de la *Novissima Recopilacion*, que establece que uno quede obligado de cualquier modo que parezca se intentó obligar, no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y así fué su voluntad otorgar fianzas, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello en que parezca quiso obligarse.

fiador se da para que esté mas seguro el acreedor; y esto se consigue si el fiador se obliga mas estrechamente que el mismo deudor. Últimamente inferimos, 4º que estinguida la obligacion natural, tambien se concluye la obligacion del fiador. Lo cual es igualmente conforme á Derecho, porque lo accesorio sigue á su principal, *L. 93. §. 2. De solut.* Por tanto, si, por ejemplo, sali fiador de que otro se presentaria en juicio, y luego muere, ya no estaré obligado, porque cesó la obligacion del muerto.

§. DCCCLXXIX. Á la cuarta pregunta, cuál es el efecto de la fianza, se satisface con el cuarto axioma. Es esta obligacion subsidiaria, y por tanto, 1º no pagando el reo principal, está obligado á hacerlo el fiador ó sus herederos, pues con este fin se admitió este fiador. 2º Si son muchos los fiadores, se obligan en el todo (*in solidum*); pues se han dado para seguridad del acreedor, y este no estaria seguro, si haciendo quiebra los demas fiadores, se obligase al acreedor á tomar solamente la parte del que quedase solvente. 3º Los fiadores son reconvenidos por la accion de lo estipulado; pues ya observamos que podian darse con sola la estipulacion, §. 873. 4º Si uno salió fiador hasta cierto tiempo, pasado este queda libre; pues la culpa recae en el acreedor, que sabiendo, por ejemplo, que el fiador está obligado solo por un año, se descuida de reconvenir dentro de él al deudor, *L. 44. §. 1. De O. et A.* 5º La morosidad del acreedor en la reconvenccion liberta al fiador, y para esto se ha introducido por la *L. Si contendat. 38. ff. De fidejuss.* la provocacion, por la que viendo el fiador que busca dilaciones el acreedor, para que si queda sin bienes el deudor, no pueda él ser perseguido, provoca al acreedor á que entable contra él su accion dentro de cierto tiempo, y oiga la escepcion de orden que se le opondrá, ó permita que se le imponga perpetuo silencio (1).

(1) Para proceder con claridad acerca de los efectos de las fianzas,

§. DCCCLXXX — DCCCLXXXII, Llegamos á la quinta y última parte de este título, en que se pregunta, ¿qué beneficios legales competen á los fiadores? Se responde:

es necesario distinguir los varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ó cada uno por el todo, como fiadores ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno integramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda, *L. 8. tit. 12. Part. 5.* Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida, quedarán obligados por el todo, como si espresamente se hubieran obligado así, Gregorio López en la *L. 8. tit. 12. Part. 5.*, Febrero, *Librería de escribanos, cap. 4. §. 35. núm. 17.*; pero no obstante que renuncian el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos ántes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entónces no necesita el acreedor hacer constar, para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2º Cuando este es notoriamente pobre, pues entónces deben absolutamente pagar por él. 3º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso, si piden término al juez para presentarle, se les concederá, y no presuntándole dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5º Cuando no oponen la escepcion de la escusion ántes de la contestacion. 6º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio; y algunos otros que trae Febrero, *Lib. de escribanos cap. 4. §. 5. núm. 127. L. 9. tit. 12. Part. 5.*

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda ajena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal, y renunciando el beneficio de la escusion de bienes, pueden ser reconvenidos á prorata ántes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan *de manconum* por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar, no siendo contra lei y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga, á tanto queda obligado.

que tres (1) : el primero se llama beneficio de *división*, y tambien beneficio de *la epistola de Adriano*, porque se introdujo por una constitucion de este emperador. El otro es el beneficio de *orden*, que tambien se llama de *escusion* y beneficio de *la nueva constitucion*. El tercero es el beneficio de *la cesion de acciones*. Hai lugar al beneficio de *división*, siempre que muchos salieron fiadores por alguno, pues si entónces tienen todos con que pagar, gozan el beneficio de que no sea reconvenido ninguno por entero, sino cada uno de ellos á prorata, §. 4. *Inst. h. t.* Luego 1º este beneficio pertenece á los compañeros en la fianza, y no á los co-reos que se obligaron en el todo, á no ser que al mismo tiempo sean mutuamente fiadores. Lo esplicamos arriba, §. 843. 3., aunque separándonos de lo que vulgarmente enseñan los doctores. 2º Mucho ménos gozan de este beneficio los fiadores subsidiarios, porque son fiadores de fiadores, y por tanto quedan obligados, no pagando estos, *L. 27. §. últ. ff. De fidejuss.*; y lo quedan en el todo, á no ser ellos mismos muchos en número. 3º Este beneficio cesa, (a) si los fiadores omiten esta escepcion, *L. 26. L. 30. ff. h. t.*; (b) si los demas

(1) Muchos intérpretes de la legislación española dans la misma contestacion que Heineccio, confundiendo en uno dos de los beneficios que competen á los fiadores. Procede esta equivocacion de la errada idea de mirar como el mismo beneficio el de *orden* que el de *escusion*, cuando son enteramente distintos. El primero únicamente da derecho al fiador reconvenido, para escusarse de contestar al acreedor, hasta despues que se haya dirigido contra el deudor principal, que es el primer obligado; y el segundo consiste en que el fiador no esté obligado á pagar, aunque tambien se haya reconvenido al deudor, hasta que se le haga constar legalmente que se le han ocupado sus bienes, y que no tiene ya otros de ninguna clase. En la práctica se hace constar la escusion por medio de certificaciones sacadas de los padrones de los pueblos, por sumaria de testigos y fijando edictos, en los que se prevenga á los vecinos que sepan que todavía quedan bienes en poder del deudor, lo manifiesten al juzgado.

fiadores no tienen con que pagar, pues entónces cada uno está obligado *en el todo*, §. 879. : (c) si los demas fiadores no pueden ser reconvenidos, como si se han fugado, ó viven en otro país : (d) y si los fiadores renunciaren este beneficio, pues nadie duda que cada uno puede renunciar al derecho introducido en su favor; pudiéndose hacer tambien fácilmente esta renuncia, v. gr. si cada uno de los fiadores se obligase *en el todo*, *L. 3. C. De fidejuss.*

§. DCCCLXXXIII y DCCCLXXXIV. El otro beneficio de *orden* ó de *escusion* es diferente del anterior, pues de aquel usan los fiadores entre si, de este contra el acreedor. Aquel se dirige á dividir la obligacion entre los fiadores á prorata; este á no ser reconvenidos los fiadores sin que ántes se haga escusion de los bienes del deudor principal, esto es, sin que primero se le embarguen y vendan, y aparezca que no tiene con que pagar. Por tanto de dicha esplicacion se infiere que en vano usa de esta escepcion el fiador, 1º si el reo principal manifiestamente no tiene para pagar, pues hacer escusion del que no tiene bienes, es querer quitar el vestido á un desnudo : 2º si se oculta ó fuga; y 3º si ha renunciado á este beneficio, pues no se admite retroceso respecto de lo ya renunciado.

§. DCCCLXXXV y DCCCLXXXVI. Últimamente el tercer beneficio es el de *cesion de acciones*; pues no está obligado el fiador á pagar, mientras no le ceda el acreedor sus derechos y acciones contra el deudor, *L. 47. ff. h. t.* De aquí fácilmente se deduce que esta cesion debe hacerse ántes del pago, pues pagando perece la accion; y si ha perecido, no puede cederse, *L. 6. 7. ff. De sol.*, á no ser que casualmente se haga el pago con la condicion de cederse las acciones, *L. 76. eod.* Pero ¿ qué utilidad, pregunto, trae al fiador el tomar las acciones cedidas? ¿ acaso para obrar contra el deudor y repetir de él lo pagado? De ningun modo : contra este puede obrar directamente. Si

tuvo encargo de él para afianzar, tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra la voluntad del afianzado, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquella cantidad. ¿Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son muy provechosas: 1º cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal; pues entónces no tiene contra éste la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2º Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*; pues entónces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio, pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renunció el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores; y se ha demostrado en el §. 865., que no puede uno estipular para otro.

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

§. DCCCLXXXVII y DCCCLXXXVIII. Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber, de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato *literal*, el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe, queda obligado, aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las *Pandectas*; y aún cuando se enemuran los contra-

tos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato literal. Véase la *L. 4. §. 1. L. 4. ff. De O. et A. L. 8 §. 1. ff. De fidei. L. 4. §. 4. ff. De novat.* De aquí es que Duareno, Wissembaquo y otros inferen que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que en lo antiguo solo se contaban tres especies de contratos. Aún cuando tengamos que confesar que Justiniano manifiestamente dió nueva forma á las obligacion literal, es antigua la division de contratos en reales, literales, verbales y consensuales; porque ya se hace mencion de ella en las *Instituciones* de Cayo, conservadas por Aniano. Por tanto tambien antiguamente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, establecida por las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese en lo antiguo: ya lo hizo Cayo en las *Instit.*, hizolo Teófilo en la *Paraphr. h. t.*, y nosotros mismos lo hicimos en otro lugar, á saber, en las *Antiq. rom. h. t.* Ahora veremos solamente en qué consiste hoy dia la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mutuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por el mismo escrito, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Así pues Justiniano distingue, si el vale es mas antiguo de dos años, ó ménos. Cuando todavía no han pasado los dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numerata pecunia*); mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque repita cien veces al juez, que nunca ha recibido el dinero que espresa el recibo (1).

(1) Aunque nuestro Derecho, conforme en esta parte con el romano, dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir su recibo, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en él; con todo en la práctica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se

tuvo encargo de él para afianzar, tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra la voluntad del afianzado, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquella cantidad. ¿Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son muy provechosas: 1º cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal; pues entonces no tiene contra éste la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2º Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*; pues entonces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio, pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renunció el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores; y se ha demostrado en el §. 865., que no puede uno estipular para otro.

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

§. DCCCLXXXVII y DCCCLXXXVIII. Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber, de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato *literal*, el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe, queda obligado, aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las *Pandectas*; y aún cuando se enemuran los contra-

tos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato literal. Véase la *L. 4. §. 1. L. 4. ff. De O. et A. L. 8 §. 1. ff. De fidei. L. 4. §. 4. ff. De novat.* De aquí es que Duareno, Wissembaquo y otros inferen que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que en lo antiguo solo se contaban tres especies de contratos. Aún cuando tengamos que confesar que Justiniano manifiestamente dió nueva forma á las obligacion literal, es antigua la division de contratos en reales, literales, verbales y consensuales; porque ya se hace mencion de ella en las *Instituciones* de Cayo, conservadas por Aniano. Por tanto tambien antiguamente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, establecida por las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese en lo antiguo: ya lo hizo Cayo en las *Instit.*, hizolo Teófilo en la *Paraphr. h. t.*, y nosotros mismos lo hicimos en otro lugar, á saber, en las *Antiq. rom. h. t.* Ahora veremos solamente en qué consiste hoy dia la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mutuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por el mismo escrito, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Así pues Justiniano distingue, si el vale es mas antiguo de dos años, ó ménos. Cuando todavía no han pasado los dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numerata pecunia*); mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque repita cien veces al juez, que nunca ha recibido el dinero que espresa el recibo (1).

(1) Aunque nuestro Derecho, conforme en esta parte con el romano, dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir su recibo, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en él; con todo en la práctica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se

§. DCCCLXXXIX. Esta materia se reduce á tres axiomas que esplicaremos brevemente. 1º El fundamento de esta obligacion son solo las letras ó escrito no retractado dentro de dos años. Acerca de este fundamento disputan con calor los jurisconsultos : unos dicen que el fundamento de este contrato es el presunto mutuo, cuya presuncion nace del trascurso de los dos años ; y otros juzgan

obligue á probarla. De aquí infieren nuestros autores prácticos, que lo mismo debe entenderse, aún cuando média el recomendable instrumento de la cláusula *guarentigia*, (voz italiana que significa *seguridad ó firmeza*) á pesar de que por ella da el otorgante poder á todos los jueces que del contrato deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y así queda el obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello. No obstante, si no han presijado los dos años prefijados para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él. Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del trascurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberá decir, cuando confiesa llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quiere oponer la escepcion, pues ninguna es admisible contra lo confesion judicial pura, sino que se debe despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque la reconozca ántes de los dos años. Mas en dichos casos, por mas que la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por el Derecho en juicio ejecutivo, y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en vía ordinaria se le oirá, y probándola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. Véase sobre esta punto á Febrero, *Juicio ejec. lib. 3. §. 1. núm. 22 y 24. núm. 269 y 270.*, Gómez, *tom. II. cap. 2. Variar. resol. cap. 6. núm. 6.*

que el acto de contar el dinero es el fundamento de este contrato. Ni una ni otra opinion es acertada. Así como el fundamento del contrato verbal son las palabras solemnes, de los reales la tradicion de la cosa, de los consensuales el consentimiento ; así de los literales no puede ser otro el fundamento que las letras ó escrito. Y en verdad, no siendo creíble que ninguno sea tan necio que habiendo dado el recibo en que consta habérsele entregado el dinero, lo deje en poder de los acreedores mas de dos años; hizo bien en establecer Juitioiano que esta negligencia de dos años debia perjudicar con razon al acreedor, y dar fuertisima presuncion de haber recibido el dinero. 2º Esta obligacion solo tiene lugar en el mutuo. La razon está á la vista, pues viéndose el deudor apurado en este contrato, nada deja por hacer para inducir con dulces palabras al acreedor á que le preste el dinero; y en los demas contratos no hai motivo para que uno sea lisonjeador por otro. Por tanto en el mutuo es mui fácil sacar el recibo al que pide el dinero, ántes que lo perciba; mas ninguno será tan tonto que dé un recibo de cosas depositadas en su poder, por ejemplo, no habiéndose depositado nada todavía. 3º Despues de dos años nace la accion del vale, aunque el autor de este no recibiese el dinero, por la presuncion dicha poco há; pues esta presuncion es *de derecho y por derecho*, como la llaman los jurisconsultos, y por tanto no admite prueba en contrario.

§. DCCCXC. Del primer axioma colegimos 1º que no nace del vale esta accion ántes de pasar dos años. Mas esto ha de entenderse bien : nace ciertamente la accion del mutuo; pero entónces debe probar que entregó este mutuo. Nace tambien la accion del vale; pero fácilmente se elude esta con la escepcion del dinero no recibido. Así que la verdadera accion del vale que escluye toda accion del dinero no entregado, no

compete hasta dos años despues de la fecha del vale. 2º El suscriptor del vale puede reclamarlo durante dos años; y esto por varios medios. Pues (a) puede entablar en juicio la accion de *causa dada, causa no seguida, ó sin causa*, para que se le vuelva el recibo. (b) Ante el mismo juez puede interponer la protesta de que el acreedor posee el recibo sin razon, y por tanto que no debe parar en su poder, *L. 8. L. 9. L. 44. §. 4. C. De N. N. P.* Sin embargo se ha de observar que no hai lugar á esta accion y queja, si por otra parte aparece que se contó y entregó el dinero; como (a) si además del vale tuviese el acreedor en su poder otra carta de pago, en la que confiese el deudor haber tomado el dinero, con tal que esta carta sea algo mas reciente que el vale, pues de otro modo, con igual facilidad pudo ser inducido el deudor á escribir la carta de pago que á dar el vale. (b) Si el deudor reconociese posteriormente el débito, como pagando réditos, ó pidiendo dilacion para el pago. (c) Si el heredero niega el recibo del dinero, que el testador confesó deber en su testamento. (d) Si obra en juicio en virtud del vale un banquero ó cambista; pues á esta clase de personas se les da mayor crédito, porque negocian á dinero contante, y no dan ni reciben los vales, sino cuando se paga *iacontinenti*, *N. 126. 5.*

§. DCCCXCI — DCCCXCIII. Del segundo axioma se deriva naturalmente, 1º que esta escepcion *del dinero no entregado* no pertenece al depósito; pues absurda y pérfidamente obraria el depositario, si presentando el depositante el vale en que confiesa el depositario haber tomado las cosas en depósito, opusiese la escepcion *del dinero no recibido*, *L. . . L. 6. C. De N. N. P.*, á no ser que con esta escepcion pueda probarse aquella evidentemente. Ya vimos arriba la razon, á saber, porque no hai motivo para que al verificarse el depósito, sea inducido el depositario

á dar el vale ántes de recibir las cosas, siendo así que no entra en el depósito por su utilidad, sino por la del depositante. 2º Tampoco hai lugar á la escepcion del dinero no entregado en las cartas de pago. De aquí es que nuestras leyes distinguen, si son judiciales ó privadas: en el primer caso están esentas de toda escepcion; en el último se concede la escepcion *del dinero no entregado*, pero solamente dentro de treinta dias, *L. 14. §. 2. C. De except. N. N. P.* Ni pertenece á este lugar la carta dotal, aunque en cierto modo favorecen las leyes al que la dió. Es sabido que sucede á veces que el suegro promete dote al yerno futuro: celebradas las nupcias, pide el último la dote; el suegro dice que está pronto á ello, como aquel le dé recibo; se lo da el yerno por la confianza que tiene en el suegro; este vuelve á dar esperanza, retiene el recibo que se le ha dado, y nada paga: contenido el yerno por timidez y respeto, no estrecha al pago: entretanto muere la mujer y reclama el suegro la dote. Se pregunta, ¿puede el yerno oponer al recibo que presenta el suegro, la escepcion *de la dote no entregada*? El fundamento de esta doctrina se halla en la *Auth. Quod locum C. De dot. caut. non numer.*, donde se distingue, *si el matrimonio se disuelve dentro de dos años, ó dentro de diez, ó pasado este tiempo.* Si dentro de dos años, tiene el yerno la escepcion *de la dote no recibida* por un año, pasado el cual no se le oye mas. Si despues de dos años, pero dentro de diez, tiene la misma escepcion por tres meses desde que se disolvió el matrimonio, y corridos aquellos, tampoco se le oye. Últimamente despues de diez años de disuelto el matrimonio, está obligado precisamente á restituir la dote, aunque no la haya recibido; porque apenas es creíble que uno sea tan tonto, que deje al suegro por diez años el recibo sin contradiccion ni protesta.

§. DCCCXCIV. Resta tratar de la accion. La llamamos

accion del vale, parte por el argumento del §. *ún Inst. h. t.*, y parte porquè este contrato es tambien nominado, y debe producir la accion del mismo nombre. Esta accion pues se da á aquel á quien se entregó el vale, (pues si otro lo posee, debe legitimarse en la causa por medio de la cesion que se le haya hecho) contra el que lo dió hace mas de dos años, y no lo retractó en aquel tiempo, para que pague lo que en el vale confiesa haber recibido, aunque á la verdad nada recibiese. Mas se pregunta, si trascurridos dos años el suscriptor del recibo opone la escepcion *del dinero no recibido*, y ofrece probar que nada se le entregó, deberá ser oido? Lo afirma Hartmano en sus *Elementos, c. 4.* y tal práctica se observa tambien en muchos lugares, siendo ademas digno de saberse que el jurisculto Herm. Zolio ha defendido en un mal centon, que siempre debe probar el acreedor que no se le entregó el dinero. Pero en nuestras leyes nada se halla de esto, y vemos manifestamente lo contrario en el §. *ún Inst. h. t. L. 8. y L. 14. pr. §. 3. C. De except. non numer. pecuniæ.*

TÍTULO XXIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL
CONSENTIMIENTO.

§. DCCCXCV. Resta el último género de contratos nominados, á saber, *los contratos consensuales*, los cuales á la verdad no toman el nombre de que requieran el consentimiento, pues entónces todos los contratos serian consensuales, no concibiéndose ningun contrato sin consentimiento; sino porque subsisten por solo el consentimiento; y de aquí es que la obligacion nace inmediatamente que se convinieron las partes. Así, por ejemplo, entre el comprador y vendedor nace la accion al punto que existe el consentimiento en el precio; y por tanto la compra y

venta es un contrato consensual. Mas entre el acreedor y el deudor no nace ninguna accion del mutuo, aunque se hayan convenido en él, hasta que se cuente el dinero y se entregue la cosa; luego es un contrato real, no consensual. Igualmente la estipulacion no produce accion, aunque ya ántes hayan consentido en ella los contrayentes, á no ser que la sigan una pregunta y respuesta conformes entre si: luego este contrato no es consensual, sino verbal. Pero en los consensuales, para producir obligacion y accion, no se requiere mas que el consentimiento, aunque no se agregue ni estipulacion, ni entrega, ni documento escrito, y esto es lo que se dice en el §. *ún. Inst. h. t.*, por las palabras, *que la esencia de tales contratos es solamente el consentimiento.*

§. DCCCXCVI. Por lo demas estos contratos tienen algo de singular, pues 1º todos son bilaterales, y por tanto siempre tienen reciproca accion, por ejemplo, *de compra y venta, de locacion y conduccion, cafitética y de mandato*, directas y contrarias: la de sociedad es por una y otra parte directa. 2º Todos estos contratos son de buena fe, y por lo mismo ambas partes tienen que prestar mutuamente alguna cosa, porque son bilaterales. Con razon se dice pues que todos los contratos consensuales son de buena fe; pero falsamente se diria que todos los contratos de buena fe son consensuales, pues tambien el comodato, el depósito y la prenda son de buena fe, no obstante que son reales. 3º Todos estos contratos pueden celebrarse aún entre ausentes, por señas y tácitamente. En lo que se diferencian de los verbales y literales, los cuales se celebran solamente por palabras y por escrito, y entre presentes, como ya observámos ántes de los verbales, §. 871.

§. DCCCXCVII. Si se pregunta, cuántos son los contratos consensuales, se responderá, que debe distinguirse la época anterior al emperador Zenon y la que siguió á

este. Antes de él eran cuatro solamente : *compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y mandato*. Pues aunque ya hacia mucho tiempo que se habia introducido el contrato enfitéutico, sin embargo unos lo referian á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion. De aquí es que el mismo Justiniano sigue en las *Instituciones* el antiguo uso, y no trata del contrato de enfitéusis en un título particular, porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfitéusis tuviese naturaleza singular y distinta de los demás contratos, y por tanto que no se refiriese ni á la locacion y conduccion, ni á la compra y venta. Desde este tiempo son cinco los contratos consensuales; *compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato*; de todos los cuales trataremos ahora por su orden.

TÍTULO XXIV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

§. DCCCXCVIII. El primero de los contratos consensuales es la *compra y venta*, cuya definicion han puesto en claro varones doctísimos, como Cujacio y Merilio, *Obsero.* III. 28. Antiguamente juzgaba la mayor parte que la compra era un contrato consensual con el fin de trasferir el dominio de alguna cosa por cierto precio. Pero claramente demostró el célebre Merilio que se equivocaron en esto, pues el vendedor no está obligado á trasladar el dominio, sino que basta que entregue la cosa, y en el caso de ser reclamada esta, que esté dispuesto á prestar la evicción. Sucede á vezes que no puede trasferir el dominio, aunque quiera; pues si el que no es dueño, sino solo poseedor de buena fe, vende una cosa, por la naturaleza misma de las cosas no puede trasferir al comprador

mas derecho que el que tenia él mismo. Así mejor se definirá la *compra y venta* diciendo, que es un contrato consensual por el que se entrega una cosa por cierto precio. Luego este contrato se perfecciona por el consentimiento, y se consuma por la entrega de la cosa. Mas no se pregunta en este contrato, si se trasfiere ó no el dominio.

§. DCCCXCIX. De esta definicion pues fácilmente se infiere, cuáles son los requisitos esenciales de este contrato. Es de saber que para la mas acertada inteligencia de él, se ha de distinguir en todo contrato lo que es *esencial, natural y accidental*; y por esta razon suele ponderarse el tratado de Mozzio sobre los contratos, por distinguir diligentemente aquellos requisitos. Llamamos *esencial* en un contrato aquello sin lo cual no puede existir el contrato, sin que al instante pase á otro género: por ejemplo, sin precio no existe compra, pues no interviniendo precio, no habria compra, sino donacion. La locacion no puede existir sin merced, porque si esta falta, se hace aquella comodato. Luego el precio pertenece á la esencia de la compra, y la merced á la de la locacion. Es *natural* á los contratos aquello que suelen exigir las leyes: pero que sin embargo puede mudarse por los pactos: por ejemplo, las leyes quieren que el comprador se obligue al vendedor á la evicción; y no obstante, si se conviniesen en otra cosa los contrayentes, á saber, en que no se preste la evicción, será válida esta voluntad de los contrayentes; luego la evicción es natural en la compra y venta. Es *accidental* lo que ni exigen las leyes ni lo prohiben, y por tanto se deja á la voluntad de los contrayentes: así, por ejemplo, que el precio de la compra deba ser en monedas de oro, ó de plata, que se haya de pagar junto y de una vez, ó por plazos, no lo disponen las leyes; y por tanto queda al arbitrio de las partes, como que pertenece á los requisitos accidentales de este con-

este. Antes de él eran cuatro solamente : *compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y mandato*. Pues aunque ya hacia mucho tiempo que se habia introducido el contrato enfitéutico, sin embargo unos lo referian á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion. De aquí es que el mismo Justiniano sigue en las *Instituciones* el antiguo uso, y no trata del contrato de enfitéusis en un título particular, porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfitéusis tuviese naturaleza singular y distinta de los demás contratos, y por tanto que no se refiriese ni á la locacion y conduccion, ni á la compra y venta. Desde este tiempo son cinco los contratos consensuales; *compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato*; de todos los cuales trataremos ahora por su orden.

TÍTULO XXIV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

§. DCCCXCVIII. El primero de los contratos consensuales es la *compra y venta*, cuya definicion han puesto en claro varones doctísimos, como Cujacio y Merilio, *Obsero.* III. 28. Antiguamente juzgaba la mayor parte que la compra era un contrato consensual con el fin de trasferir el dominio de alguna cosa por cierto precio. Pero claramente demostró el célebre Merilio que se equivocaron en esto, pues el vendedor no está obligado á trasladar el dominio, sino que basta que entregue la cosa, y en el caso de ser reclamada esta, que esté dispuesto á prestar la evicción. Sucede á vezes que no puede trasferir el dominio, aunque quiera; pues si el que no es dueño, sino solo poseedor de buena fe, vende una cosa, por la naturaleza misma de las cosas no puede trasferir al comprador

mas derecho que el que tenia él mismo. Así mejor se definirá la *compra y venta* diciendo, que es un contrato consensual por el que se entrega una cosa por cierto precio. Luego este contrato se perfecciona por el consentimiento, y se consuma por la entrega de la cosa. Mas no se pregunta en este contrato, si se trasfiere ó no el dominio.

§. DCCCXCIX. De esta definicion pues fácilmente se infiere, cuáles son los requisitos esenciales de este contrato. Es de saber que para la mas acertada inteligencia de él, se ha de distinguir en todo contrato lo que es *esencial, natural y accidental*; y por esta razon suele ponderarse el tratado de Mozzio sobre los contratos, por distinguir diligentemente aquellos requisitos. Llamamos *esencial* en un contrato aquello sin lo cual no puede existir el contrato, sin que al instante pase á otro género: por ejemplo, sin precio no existe compra, pues no interviniendo precio, no habria compra, sino donacion. La locacion no puede existir sin merced, porque si esta falta, se hace aquella comodato. Luego el precio pertenece á la esencia de la compra, y la merced á la de la locacion. Es *natural* á los contratos aquello que suelen exigir las leyes: pero que sin embargo puede mudarse por los pactos: por ejemplo, las leyes quieren que el comprador se obligue al vendedor á la evicción; y no obstante, si se conviniesen en otra cosa los contrayentes, á saber, en que no se preste la evicción, será válida esta voluntad de los contrayentes; luego la evicción es natural en la compra y venta. Es *accidental* lo que ni exigen las leyes ni lo prohiben, y por tanto se deja á la voluntad de los contrayentes: así, por ejemplo, que el precio de la compra deba ser en monedas de oro, ó de plata, que se haya de pagar junto y de una vez, ó por plazos, no lo disponen las leyes; y por tanto queda al arbitrio de las partes, como que pertenece á los requisitos accidentales de este con-

trato. Con estos antecedentes pues se entenderá fácilmente por qué decimos en este párrafo, que tres cosas pertenecen á la sustancia de este contrato, 1º consentimiento, 2º cosa ó mercadería vendida, y 3º precio: si falta una de estas cosas, el contrato dejará de ser compra y venta. De estos requisitos tratamos en este título: (a) *del consentimiento*, §. 900-904; (b) *de la cosa ó mercadería*, §. 905 y sig. (c) *del precio*, §. 906-909.

§. CM y CMI. El primer requisito es el *consentimiento*, el cual basta para la obligación, porque este contrato es consensual, §. 895. Como en el contrato consensual no se requiere mas que el consentimiento, de aquí la 1ª consecuencia es, que la compra y venta está perfecta, luego que se han convenido en el precio, *pr. Inst. h. t.*; y por tanto (a) no se requiere ni tradición de la cosa, ni palabras solemnes, ni escritura, sino que (b) tambien puede celebrarse este contrato entre ausentes, por agentes, cartas ó mediadores. Algunos podrán hallar duda en esto, porque ciertamente de la misma definición, §. 898, se deduce, que el fin de la compra y venta es la entrega de una cosa, ¿cómo pues diremos que la venta existe sin la tradición? Pero se responde, que la tradición no perfecciona el contrato, pues por la compra y venta se obligan tambien los contrayentes ántes de la tradición; la tradición es el efecto de la compra, á la que está obligado el vendedor. En pocas palabras, no decimos que se ha comprado, porque la cosa se ha entregado, sino que hemos comprado para que se entregue. Por lo demas esta primera consecuencia admite algunas escepciones, pues á veces solo el consentimiento no perfecciona el contrato; á saber, (a) si el comprador y vendedor se conviniesen en que la compra y venta se reduzca á escritura. Porque en este caso no se entiende perfecta la compra y venta ántes que se haga el instrumento, y se suscriba y selle por uno

y otro, *princ. Inst. h. t.* (b) Si se vendiese la cosa bajo de condicion suspensiva: por ejemplo, vendo una cosa por mil florines, si dentro de un año nadie ofrece mas. En tal caso no se perfeccionará la compra hasta que pase el año, y conste no haber ofrecido ninguno mejor condicion, *L. 1. L. 2. pr. ff. De adict. in diem.* (c) Si se comprase cosa consumible y no se hubiese pesado, numerado ni medido, *L. 34. §. 5. De cont. empt.* (d) Si se vendiese la cosa á condicion de probarse, como el vino; pues entonces ni se entiende que está comprada la cosa, ni pasa el peligro al comprador, hasta que se hace la prueba, *d. L. 34. §. 5. eod.* La IIª consecuencia será ya igualmente fácil de entenderse; á saber, que ántes de estar perfecto el contrato, hai lugar á que se arrepientan los contrayentes. IIIª Perfeccionado una vez el contrato, no se les permite. Sin embargo, si se ha dado prenda en el primer caso, y se vuelve atras el comprador, la pierde en pena de su inconstancia. Si muda de voluntad el vendedor, paga el duplo de la prenda por la misma causa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el último caso, en que ya se ha perfeccionado la compra (1), tan léjos está de ser cierto que uno pueda apartarse del contrato, porque esté dispuesto á sufrir el daño,

(1) Estando ya perfecto el contrato de venta, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato, *L. 7. tit. 3. Part. 5.*; pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado. Con esta esplicacion se concilian las *LL. 7. tit. 3. Part. 3. y 2; tit. 10. lib. III. del Fuero real*, que parece convenir en que se disuelva el contrato, aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta *L. 10.*, 1º que habla del caso en que no está perfecta la compra, á lo cual da margen la glosa de Montalvo en la letra *C. 10: 2º* que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir que las arras serian dadas, como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra ó parte del precio. Véase á

que ni siquiera es ofdo, aunque se preste á indemnizar al comprador los perjuicios, ó á dar el duplo, *L. 3. L. 6. C. De resc. vend.* La razon está á la vista, pues la compra y venta es un contrato nominado, y solo los nominados son de tal naturaleza que haya lugar en ellos al arrepentimiento, *L. 3. §. 2. L. 5. pr. seq. ff. De cond. causá datá, L. 5. §. 1. ff. De præscr. verb.* Dimos la razon de esta disposicion en nuestros *Elem. juris secundum Pand. part. 1. §. 360. p. 120.*

§. CMII — CM.V. Todo esto se deriva de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hai otras consecuencias que se deducen de la naturaleza del mismo consentimiento. Por consentimiento se entiende un acto de la voluntad, por el cual, comprendiendo el entendimiento la bondad de una cosa, la aprueba y se dispone á conseguirla. De aquí pues se infiere que se oponen al consentimiento 1º el miedo y la fuerza, 2º el dolo, y 3º el error. Por lo que se pregunta ahora, si puede viciarse este contrato de compra y venta, y de cuántas maneras. De la fuerza y el miedo observamos, 1º que ninguno puede ser obligado á comprar ni á vender. Pues ¿quién diria que aprobamos aquello á que somos compelidos por fuerza ó miedo? Sin embargo algunas veces escusa esta fuerza la utilidad pública, que con razon es para el buen ciudadano la suprema lei (1). Así, por ejemplo, no es dudoso que el poseedor de gran copia de trigo puede ser obligado en tiempo de hambre pública á venderlo á precios arreglados. Tampoco puede decirse que faltó á lo justo. Felipe II,

Hermosilla en las adiciones de la glosa primera, especialmente en la tercera, sobre la *L. 7. tit. 5. Part. 5. fol. 53.*

(1) Tampoco anula la venta la fuerza, cuando el poseedor de granos los vende por un precio justo en favor de la religion, ó en favor de la independencia de su nacion y soberano, Véase á Sala en la *Hustracion, lib. 2. tit. 40. §. 47.*

rei de España, cuando publicada en Ambéres la Biblia poliglota, mandó por edicto que todas las iglesias de España adquiriesen un ejemplar. 5º La compra y venta producida por fuerza y miedo es nula *ipso jure*, y á vezes tambien se rescinde por la accion *quod metus causá* (por causa de miedo), *L. 3. 4. 5. 7. y ult. C. quod metus causá.* Porque ¿qué cosa hai tan contraria á la buena fe, que es el fundamento de los contratos consensuales, como la fuerza y el miedo? *L. 116. ff. De R. J.* Ni conviene mejor á la buena fe del contrato el dolo. Sin embargo los juriconsultos distinguen aquí entre el dolo que *da causa al contrato*, esto es, por el cual uno induce astutamente á otro á que compre ó venda, y el *incidente*, que aparece en el mismo contrato. Acerca del primero establecen que anula la compra; y respecto del último, que debe ser indemnizado por la accion *empti venditi* (de lo comprado y vendido). El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. 7. pr. ff. De dolo malo.* Con todo la rechaza abiertamente Gerardo Noodt, varon insigne en la jurisprudencia, en el tratado *De formulâ emendandi doli mali*, y en el *Commentar. ad tit. ff. De dolo malo*; pues en uno y otro lugar juzga aquel docto varon, que el contrato de buena fe, y por tanto la compra y venta, siempre es nula, bien dé causa al contrato el dolo, bien aparezca en él. Mas no pudiéndose defender esta opinion sin violentar el testo, no podemos de ningún modo conformarnos con él en este punto. Últimamente tambien el error se opone al consentimiento; pues si me equivoco en la cosa, ciertamente no consiento en ella, sino en otra que estaba entonces presente á mi imaginacion. Pero no es solamente de un género el error: unas vezes es *esencial*, otras *accidental*. 7º Si es esencial, el contrato es nulo; si accidental, subsiste la compra; pero se concede al que padeció el error, la accion *quantî minoris* (ó del menor valor) para

la indemnización del daño, esto es, si errase el comprador, el vendedor le restituiría tanto cuanto vale de ménos la cosa, ó lo que el vendedor recibió sobre el justo precio. Mas cuando hai error *esencial*? Se responde, que cuando erramos ó en la *cosa*, por ejemplo, juzgando oro lo que es plomo dorado; ó en el *cuerpo*, por ejemplo, creyendo comprar á Estico, y comprando en realidad á Dromo; ó en los *atributos de la cosa*, tales que faltándole algunos, se nos hace del todo inútil, por ejemplo, comprando un siervo que es furioso ó paralítico. Si erramos en las demas circunstancias, se considerará el error como accidental.

§. CMV y CMVI. Vimos el primer requisito esencial de la compra y venta, que es el *consentimiento*; sigue ahora otro, á saber, la *cosa ó mercadería*. Se establece, 1º que *pueden venderse todas las cosas que están en el comercio*: bien existan ó bien haya esperanza de que existirán. Por tanto tambien la esperanza puede venderse; por ejemplo, en las loterías ¿qué otra cosa se compra mas que la esperanza? Pueden venderse las cosas futuras, v. gr. los frutos del año que viene. Pueden venderse las cosas incorpóras, v. gr. una herencia, una acción, el derecho de cazar, la jurisdicción, etc.; y aún las cosas ajenas están en el comercio y pueden venderse, *L. 28. ff. De contr. empt.*, sin que esta compra perjudique al dominio, pues al señor de este le queda entero el derecho de vindicar la cosa donde quiera que la halle; sino porque aquella compra y venta produce acción y obligación entre el comprador y vendedor. Acaso se preguntará, si el socio puede vender la cosa comun; mas la respuesta está en la *L. 43. §. 17. ff. De act. empt.* 2º *Las cosas que están fuera del comercio no pueden venderse*. De aquí se deduce fácilmente la razón por que no pueden venderse las cosas que han perecido, pues que ya no existen; ni los *hombres libres*, ni las cosas de *derecho divino* ni las *públicas* porque

están fuera del comercio de los particulares; ni las cosas ú objetos de comercio *prohibidos por leyes especiales*, que hoy día se llaman vulgarmente de contrabando, por ejemplo, la pólvora, tratándose de venderla á los enemigos, las armas, naves, máquinas de guerra, etc. Los antiguos contaban tambien en esta clase las cosas perjudiciales y pestíferas, como venenos, libros de doctrina reprobada, y otras cosas de este género (1).

§. CMVII y CMVIII. Falta el tercer requisito esencial de este contrato, el *precio*; sin el cual ni se compra ni se vende. Mas aunque en cierto sentido se llama precio todo lo que se da por alguna cosa, como en Plauto, *Menæchm. act. 5. sc. 6. v. 9. y sig.*

*Verbera, compedes, mola, magna
Lassitudo, fames, frigusque durum
Hæc sunt pretia ignavia;*

sin embargo, tomado propiamente este vocablo, significa solo el dinero contado que se paga en la compra por la

(1) Las cosas ajenas, aunque están fuera del comercio, pueden venderse, segun la *L. 19. tit. 5. Part. 5. y L. 6. tit. 10. lib. 3 Fuero real*. No se quiere decir con esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda el derecho á salvo para vindicarla en donde quiera que la encuentre. Acerca de la cual dispone la lei de la Partida citada, que si el comprador sabe que la cosa es ajena, cuando la compra, no está obligado el vendedor á restituírle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fe. Pero si compró con buena fe, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor, no solo á pagarle el precio, sino tambien á resarcirle de los daños y perjuicios que se le hagan, siendo por su culpa, *L. 6. tit. 10. del Fuero real*, que dejamos citada. Tambien nos parece conveniente advertir que la *L. 3. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec.* prohibe á los corregidores, gobernadores y oficiales de estos comprar bienes raíces en el territorio de su jurisdicción: Si el vendedor fuere inducido á vender en virtud de ciertas condiciones que despues no se le cumplen, puede separarse del contrato; pero fuera de este caso, aunque la entrega del precio se demorase, permanece obligado, y solo tiene derecho á pedir la entrega de aquel y sus intereses.

cosa, §. 2. *Inst. h. t. L. 1. §. 1. ff. De contr. emt.* Pues lo que paga el arrendatario no se llama precio, sino *merces* (merced) de *merendo*, y no se denomina precio sino impropriadamente, *L. 28. §. 1. ff. Locat. L. 40. ff. De adquir. poss. L. ult. §. ult. ff. De leg. rhodia de jaet.* Y de aquí se infiere la diferencia entre la compra y permuta, pues si por la cosa se da dinero contante, será *compra*; si una cosa por otra, será *permuta*. Sobre lo que también discordaban, según costumbre, los sabinianos y proculyanos: aquellos juzgaban que también se hacía la compra con otras cosas más que con el dinero; estos opinaban que necesariamente había de consistir el precio en dinero. Pero fundándose toda la controversia en dos pasajes de Homero citados en el escolio del §. 908, y no favoreciendo á los sabinianos el uso común de hablar, con razón decidió contra ellos la cuestión el emperador Justiniano en el §. 2. *Int. h. t.* Mas suele preguntarse, si se ha pagado parte en dinero, parte en otra cosa, como trigo, ¿se debe entonces creer que se celebra una compra ó una permuta? *Carpz. Part. II Cont. 32. def. 43. 2. 7.* juzga que se debe presumir á favor de la permuta, por ser contrato antiquísimo entre los hombres, é introducido ántes que se acuñase la moneda. Pero se equivoca en esto indudablemente, pues la presunción no está á favor de las cosas más antiguas, sino de aquellas que suceden más comúnmente; é inventada la moneda, no usaron ya los hombres de la permuta sino de la compra, para adquirir lo necesario.

§. CMIX. Hemos visto que el precio es esencial requisito de este contrato. Ahora examinaremos, cuál debe ser este precio. Tres son sus atributos, pues debe ser 1º *verdadero*, 2º *justo*, 3º *cierto*. 1º Debiendo ser verdadero, fácilmente se entiende que es de ningún valor la venta imaginaria. De aquí es que no puede venderse por un cuarto una

barra de plata, *L. 46. ff. De locat.*, pues no sería compra y venta, sino donación encubierta bajo otro nombre, *L. 38. ff. h. t.*; y por tanto, si, por ejemplo, vendiese el marido á la mujer un predio por muy poco dinero, no valdría esta compra, porque á la verdad es simulada y una mera donación, la cual no puede celebrarse entre marido y mujer por Derecho romano, *L. 8. ff. eod.* 2º Dijimos que el precio debe ser justo (1), pues aunque este, en el caso de no estar determinado por la ley, admite alguna extensión, y por tanto pueden convenirse recíprocamente el comprador y vendedor, no obstante por la *L. 2. C. De resc. vend.*, ó se rescinde el contrato, ó se ha de suplir el precio, si la lesión es enorme ó en más de la mitad. Últimamente, 3º también debe ser cierto, ó por convenio de las partes, ó por relación á otra cosa; por ejemplo, vendo en la cantidad que compré, ó por el dinero que tengo en el arca, *L. 7. §. 1. ff. h. t.* Mas se pregunta, si puede dejarse el señalamiento del precio al arbitrio de un tercero, v. gr.: vendo al precio que crea

(1) Para la mejor inteligencia de este párrafo es necesario advertir, que el precio justo es de dos maneras, uno legítimo y otro natural: el primero es el que por la ley está determinado; natural el que tienen las cosas en atención á la estimación que de ellas se hace, y á otras circunstancias; por lo cual admite bastante latitud. Cuando hai lesión en el contrato en la mitad del precio, ó se rescinde el contrato, ó se entrega lo restante, y esto aunque fuese comprada la cosa en almoneda; cuya acción dura hasta cuatro años después de verificado el contrato, *L. 2. tit. 1. lib. 40. Nov. Rec.* Pero no se rescindirá este, cuando la lesión no llega á la mitad del precio, á no ser por los menores; ni aún llegando á la mitad, si el comprador es perito y facultativo inteligente en la cosa comprada; ni cuando el vendedor fué obligado á vender; ni en las cosas que se venden por causas fiscales. En estos casos tendrá lugar la acción de lesión enormísima (llámase lesión enormísima, cuando el precio es dos tercios menor que el valor de la cosa.), aún cuando se hubiese renunciado; y esta acción dura veinte años, ó se puede entablar después de este periodo.

justo un hombre bueno. Se responde, que ó es cierta la persona en cuyo arbitrio se pone, ó incierta. Si incierta, nada se hace, porque á la verdad no existe consentimiento sobre una misma cosa, *L. 25. pr. ff. Locat.*; si es cierta, entónces ó es una tercera persona diversa de uno y otro contrayente, ó el mismo comprador. En el primer caso vale este arbitrio, con tal que aceptándolo la persona, valúe la cosa, §. 1. *Inst. h. t.* En el segundo se entiende que nada se ha hecho, porque si dijese: vendo en lo que quieras, podría querer no dar nada, ó un precio excesivamente injusto, en lo que yo no consentí nunca, porque quise vender, *L. 35. §. 1. ff. h. t. (1)*

§. CMX. Todavía falta indagar tres cosas en este contrato, 1ª qué obligacion produce, §. 910; 2ª para quién es el peligro de la cosa vendida, §. 911; y 3ª qué acciones nacen de él, §. 912 — 915.

1º Si preguntamos qué obligacion produce este contrato, responderemos, que de parte del comprador resulta la de pagar el precio, y de parte del vendedor la de entregar la cosa ó mercadería. Vamos á examinar ambos puntos. 1º El comprador debe el precio, y con él ha de satisfacer necesariamente al vendedor que confie en su palabra. Por tanto, si el comprador no paga, ni el vendedor fia de él, tampoco se trasfiere el dominio por la entrega ó tradicion, *L. 19. ff. De contr. emt.* De aquí es que no se puede compeler al vendedor por la accion *empti* (de compra) á que entregue la cosa, *L. 11. §. 2. fin. L.*

(1) Todos los que pueden consentir libremente, pueden vender. Se exceptúan los hijos de familia, á no ser en los bienes castrenses, los estudiantes que tienen licencia de aquel que los tiene en el estudio, y los tutores y curadores sin intervencion judicial, *l. 4. tit. 7. lib. 1. Novísima*. Los clérigos están inhibidos de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos, ó por medio de otros, tanto por Derecho canónico como por el real, *Conc. trid. sess. 22. De reform. cap. 1. L. 46. tit. 6. Part. 1.*

13. *L. 8. ff. De act. empt.* 2º El vendedor debe entregar la cosa. De aquí es, que hasta entregarla no tendrá la accion *venditi* para pedir el precio, *L. 25. ff. De act. emt. et vend.*, pues no puede hacer que se cumpla el contrato, no habiéndolo cumplido él por su parte. ¿Quién tendría paciencia para oír á los Griegos tachar á otros de sediciosos? Por lo demas de aquí se deriva naturalmente que en este contrato es igualmente de ambos el provecho y el peligro, pues el comprador recibe la cosa y paga el precio, y el vendedor toma el precio, pero entrega su cosa. Así que, prestándose la culpa leve por uno y otro contrayente, cuando es igualmente de ambos la comodidad, §. 788. 2, fácilmente se infiere que el comprador y el vendedor deben prestar mutuamente la misma culpa con el dolo y culpa lata, *L. 23. ff. De R. J.*

§. CMXI. 11º Tocante al peligro y provecho de la cosa vendida, entendemos por *peligro* el caso en que perece la cosa, y por *provecho* la utilidad que proviene de la cosa vendida. Por tanto el sentido de la cuestion es, si la cosa vendida, mas todavía no entregada, perece, ¿de quién es el daño? Y si la cosa, vendida y no entregada, tiene algun aumento, como hallándose un tesoro en la casa que se vendió, ¿de quién es este provecho? del comprador, ó del vendedor? Nuestras leyes responden, que desde que la compra y venta se ha perfeccionado, aunque no se haya verificado la tradicion, al punto pasa al comprador el peligro y el provecho, §. 3. *Inst. h. t. L. 8. pr. ff. De peric. et comm. rei. vend.*; exceptuando cuatro casos; á saber, 1º si pereciere la cosa por dolo ó culpa lata ó leve del vendedor, pues dijimos que uno á otro se debian prestar la culpa leve. 2º Si el vendedor tomase este caso á su cargo y riesgo, pues entónces está obligado en virtud de su pacto, *L. 1. pr. ff. eod.* 3º Si la cosa pereciere de resultas de algun vicio antiguo, por ejemplo, si muriendo un

caballo despues de la venta, y reconocido, apareciese que tenia dañados los intestinos, *L. 1. L. ult. C. h. t. 4º* Si vendida la cosa á condiccion de probarse, no se hubiese probado todavía, ó se vendiese por cierta medida, número ó peso, y aún no se hubiese medido, contado ó pesado, pues entónces aún no está perfecta la compra y venta, como se dijo arriba en el §. 900 y 904. Así está ordenado en nuestras leyes; pero podria tal vez parecer á alguno contrario al mismo espíritu de ellas, pues los principios del Derecho establecen que la cosa perezca para su dueño, *L. 9. C. De pign. act.* Los mismos quieren que ántes de la tradicion permanezca dueño el vendedor, y por consiguiente que no pase el dominio al comprador hasta que siga la tradicion. ¿Cómo pues puede decirse que la cosa perece para el comprador, no siendo todavía dueño? Ademas las comodidades y utilidades percibidas de la cosa son accesorias de ella. De quien es la cosa, son sus accesorias: siendo pues la cosa ántes de la tradicion del vendedor, ¿cómo puede decirse, salvando los principios del Derecho, que el provecho pasa en el momento al comprador, aunque todavía no se haya entregado la cosa? Pero respondemos que este peligro y provecho no pasa al comprador por esta razon, sino por otra; á saber, porque luego que la compra se ha perfeccionado, el vendedor debe la especie, esto es, la cosa vendida. Ahora bien, librándose el deudor de una especie, al momento que perece esta, *L. 23. L. 49. pr. ff. De verb. obl.*, es consiguiente que tambien se libra el vendedor, cuando perece la cosa vendida; y así no reside el peligro en el mismo, sino en el comprador: y no habiendo nada tan justo como que perciba el provecho aquel que sufre las incomodidades, con razon coligieron de aquí los jurisconsultos, que tambien pertenecian al comprador las utilidades de la cosa vendida. No puede negarse que en cierto modo es

esto algo duro, y así es que en otras muchas legislaciones está determinada otra cosa; por ejemplo, en Sajonia, donde en las cosas inmuebles se requiere la declaracion judicial, no pasa al comprador el peligro y provecho de la cosa vendida hasta que se haya verificado en debida forma aquella declaracion, *Carpzou, Part. II. cap. 39. def. 35.*

§. CMXII — CMXV. Últimamente, IIIº falta hablar de las acciones que nacen de este contrato. 1º Este contrato es bilateral, es decir, que por él uno y otro contrayente se obligan: luego nacen de él dos acciones (1). La obligacion de uno y otro contrayente existe desde el principio, y se deriva de la misma naturaleza del contrato; y por consiguiente una y otra accion es directa, §. 782. 3º Siendo nominado el contrato de compra y venta, se infiere que ambas acciones deben tomar su nombre del contrato, §. 782, y por tanto debe llamarse accion *empti venditi* (accion de compra y venta). Se distinguen estas acciones segun el actor. Si el comprador se dirige á conseguir la

(1) Á mas de las dos acciones que Heineccio explica, y se conocian entre los romanos en este contrato, se hallan en nuestras leyes otras dos, y son la *redhibitoria* y la *estimatoria*. La primera tiene lugar, quando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raizes, como heredad ó campo que cria yerba, casa ú otro edificio que debe servidumbre ó tributo, ya muebles: todo lo cual, no habiéndolo manifestado al comprador, puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al día de la celebracion de la venta, dicha accion, llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndole el precio y volviendo él la cosa, *L. 63. tit. 5. Part. 3.* — No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador, en los seis meses restantes, de la segunda, que se llama *estimatoria* ó *quanti minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el ménos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado, ninguna puede intentar. Mas si el vendedor manifestase el vicio de su cosa, ó el comprador renunciase estas acciones, no podrá despues pretender cosa alguna.

cosa, se dice accion *empti* (de compra); si el vendedor intenta que se le pague el precio, se llama accion (de venta) *venditi*: de una y otra trataremos separadamente. lo Á quién se da la accion (de compra) *empti*? Al comprador ó su heredero, con tal que haya pagado el precio, §. 910. Contra quién? Contra el vendedor ó su heredero, mas no contra un tercer poseedor. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al comprador por este contrato. Y se le debe 1º la entrega de la cosa, de la que no se libra el vendedor, aunque ofrezca su valor, *L. 11. §. 2. ff. De act. empt.* 2º La libre posesion de la cosa. 3º Los frutos y las acciones. 4º Los muebles fijos y estables (*fixa vineta*) que de tal modo están unidos á la cosa, que se han destinado para su uso perpetuo; de los cuales habla la *L. 17. pr. y §. 6. L. 28. §. 2. ff. De act. empt.* 5º Si la entrega no se hace por culpa del vendedor, su estimacion, *L. 1. pr. L. 11. §. 9. ff. h. t.* Últimamente, 6º la indemnizacion de todo el daño causado por culpa leve, §. 910, 4. II. Á quién se concede la accion (de venta) *venditi*? Al vendedor que ya entregó la cosa y á su heredero. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al vendedor por el contrato. Y se le debe, 1º el precio prometido; 2º los intereses desde el tiempo de la tardanza, porque es contrato de buena fe, en el que se deben intereses por sola la demora, aún no prometiéndose; y 3º el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve (1).

(1) Como Heineccio no habla de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion, esto es, poniendo el uno al otro de los contrayentes ciertas condiciones, que podemos llamar *pactos anadidos*. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio* y de *senalamiento de dia* (*addictionis in diem*), *LL. 38. 40. y 42. tit. 3. Part. 5.* Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para

TÍTULO XXV.

DE LA LOCACION Y CONDUCCION.

§. CMXVI. Hasta aqui hemos hablado del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue el de la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar, 1º la definicion, §. 916; 2º la division, §. 917; 3º los atributos esenciales, §. 918-923; 4º la obligacion que de él nace, §. 924-926; y 5º las acciones, §. 927-929. La definicion es fácil:

cierto dia, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio; y que por ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, *L. 42. tit. 5. Part. 5.*, y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor puede darle tambien facultad para esto, quedando siempre el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que, si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no trasferido el dominio de la alhaja, y sus acreedores no adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que subsista el contrato, ó no querer que este valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion, *d. lei*.

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa, mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento, *d. lei*.

Quando se añade pacto de señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero

cosa, se dice accion *empti* (de compra); si el vendedor intenta que se le pague el precio, se llama accion (de venta) *venditi*: de una y otra trataremos separadamente. lo Á quién se da la accion (de compra) *empti*? Al comprador ó su heredero, con tal que haya pagado el precio, §. 910. Contra quién? Contra el vendedor ó su heredero, mas no contra un tercer poseedor. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al comprador por este contrato. Y se le debe 1º la entrega de la cosa, de la que no se libra el vendedor, aunque ofrezca su valor, *L. 11. §. 2. ff. De act. empt.* 2º La libre posesion de la cosa. 3º Los frutos y las acciones. 4º Los muebles fijos y estables (*fixa vineta*) que de tal modo están unidos á la cosa, que se han destinado para su uso perpetuo; de los cuales habla la *L. 17. pr. y §. 6. L. 28. §. 2. ff. De act. empt.* 5º Si la entrega no se hace por culpa del vendedor, su estimacion, *L. 1. pr. L. 11. §. 9. ff. h. t.* Últimamente, 6º la indemnizacion de todo el daño causado por culpa leve, §. 910, 4. II. Á quién se concede la accion (de venta) *venditi*? Al vendedor que ya entregó la cosa y á su heredero. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al vendedor por el contrato. Y se le debe, 1º el precio prometido; 2º los intereses desde el tiempo de la tardanza, porque es contrato de buena fe, en el que se deben intereses por sola la demora, aún no prometiéndose; y 3º el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve (1).

(1) Como Heineccio no habla de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion, esto es, poniendo el uno al otro de los contrayentes ciertas condiciones, que podemos llamar *pactos anadidos*. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio* y de *senalamiento de dia* (*addictionis in diem*), *LL. 38. 40. y 42. tit. 3. Part. 5.* Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para

TÍTULO XXV.

DE LA LOCACION Y CONDUCCION.

§. CMXVI. Hasta aqui hemos hablado del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue el de la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar, 1º la definicion, §. 916; 2º la division, §. 917; 3º los atributos esenciales, §. 918-923; 4º la obligacion que de él nace, §. 924-926; y 5º las acciones, §. 927-929. La definicion es fácil:

cierto dia, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio; y que por ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, *L. 42. tit. 5. Part. 5.*, y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor puede darle tambien facultad para esto, quedando siempre el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que, si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no trasferido el dominio de la alhaja, y sus acreedores no adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que subsista el contrato, ó no querer que este valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion, *d. lei.*

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa, mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento, *d. lei.*

Quando se añade pacto de señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero

locacion y conduccion es un contrato consensual, por el cual se presta hasta cierto tiempo el uso de una cosa, ó cierto trabajo por cierta merced ó estipendio. Decimos 1º que la locacion y conduccion es un contrato consensual, porque recibe su fuerza de solo el consentimiento. Añadimos, por el cual se presta el uso de una cosa, pues aquí no se trata de trasferir el dominio, como en la compra, ni de que otro custodie una cosa, como en el depósito, sino de

mas precio que él, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ilcso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya faneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndose el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga; mas no las precisas para su conservacion. Pero si pasare el tiempo prefinido, se trasfiere el dominio de la cosa al comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion, *L. 40. tit. 5. Part. 3.*

Este pacto será válido, concurriendo las circunstancias siguientes: primera, que el segundo comprador sea verdadero y no simulado; segunda, que el vendedor ó su heredero hagan saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le prevenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido; tercera, que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja conservada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Faltando alguna de estas circunstancias, no se rescindirá el contrato, *d. l. 40.*

Otro accidente puede suceder en la venta, que no conocian los romanos, y es el *retracto ó tanteo*, que viene á ser un derecho que por la costumbre ó pacto compete á alguno, para rescindir la venta y atraer á sí por el mismo precio la cosa vendida dentro del término por Derecho señalado.

En España se conocen cuatro géneros de tanteo ó retracto. El primero es convencional, y se verifica, cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término ó cuando quiera, restituyendo el precio recibido; y este es el pacto de *retroviendo*, de que hablamos poco hace. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza, intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del rei, é informarle del comprador y precio que por el da, para que, si quiere, lo retraiga por el tanto, *L. 1. tit. 18. Part. 2.* El tercero se llama de *comunión ó sociedad*, y le está concedido al socio ó participe en el dominio de alguna cosa

que tenga el uso conductor, es decir, el que la toma en alquiler. Sigue diciendo la definicion, *ó cierto trabajo*; lo cual se ha de entender de los que reciben estimacion, como son los mecánicos, que pueden ejercerse con la mano. Últimamente decimos, *por cierta merced ó estipendio*; porque si no está determinada, y se concede *grátis* la cosa para cierto uso, no es locacion, sino comodatado.

raíz *L. 33. tit. 5. Part. 3.* El cuarto, finalmente, es el de *consanguinidad ó gentilicio*, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legitimos por su orden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderadores con poder especial, *LL. 17. tit. 10. lib. 4. del Fuero real, 6 y 7. lib. 3. del Ordenamiento, y 230. del Estilo.*

La razon de permitir el Derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la afición que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues el Derecho esta facultad, no solo á los hijos legitimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos igual razon; pero no á los espurios, por no reputarse por conocidos sus padres. En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, si algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por Derecho civil, quiere poseerla por el tanto, es preferido al extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo ántes que la finca se vendiese, todavia puede apoderarse de ella, si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto con dolo ni con fraude. Y si entónces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretencian la misma finca, dispone el Derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano, *L. 43. tit. 10. lib. 3. del Fuero real.* Por lo que hace al retracto de comunión ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó participe en la

§. CMXVII. En cuanto á la division, la locacion y conduccion es, ó de *cosa*, cuando se concede su uso por cierta merced, por ejemplo, un prado, una casa; ó de *trabajos (operarum)*, cuando se prestan trabajos mecánicos por una recompensa; por ejemplo, cuando el sastre compone un vestido por cierta merced; ó de *obra (operis)*, cuando se arrienda alguna obra que se va á hacer, v. gr.,

finca, siempre que justifique serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño, sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo, *L. 33. tit. 5. Part. 5.*; mas esto se entiende, cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, porque en este caso ya no son socios, ni tienen comunion de ella.

Siendo muchos los socios, puede cada uno retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño; y si todos la quieren, deben ser todos admitidos á su tanteo proporcionalmente, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si uno de los socios vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla, aunque sean grandes las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este derecho de retracto por comunion el señor que tiene el dominio directo en alguna posesion; el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ajeno, por el que paga pension al de este; y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo, y percibir sus frutos con obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores, cierto rédito ó pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ó de la área ó suelo, lo vende á un extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen; pues si la pagan, deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales, quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, pero sí al derecho del laudemio.

si la nacion arrienda la obra de un puente por cierto precio; de cuya locacion trata la *L. 5. §. 4. De verbor. signif.* Por lo demas acerca de estas especies de locacion se ha de observar, 1º que las personas de los conductores tienen diversos nombres, pues el que toma en arriendo una casa, se llama, *inquilino*; el que toma predios rústicos, *colono*; el que rentas reales, *publicano*; el que alguna obra, *asentista (redemptor)*, y últimamente, el que toma en arriendo trabajos, se llama *mercenario*. 2º La locacion de obra tiene algo verdaderamente singular, pues en los demas casos el que da la merced, se llama conductor, y el que la recibe locador. Mas aquí es al contrario, pues el que da la merced de la obra que se trata de hacer, se llama locador, y el que la recibe, conductor; porque al mismo tiempo que toma en arriendo la obra, da tambien en arriendo trabajos, *L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. ff. h. t. (1).*

§. CMXVIII. Llegamos á los requisitos esenciales de la locacion y conduccion, que tienen grande analogía con los de la compra y venta, pues así como las condiciones esenciales de aquella eran tres, consentimiento, cosa y precio, §. 899, igualmente se hallan aquí otras tantas, 1º consentimiento, 2º cosa ó trabajo que se da en arriendo, y 3º merced, por la cual se arriendan. De donde fácilmente se deduce por qué dice el juriconsulto, *L. 2. pr. ff. h. t.*, que hai mucha semejanza entre estos dos contratos. Ahora hablaremos de cada uno de los requisitos.

§. CMXIX y CMXX. El primer requisito esencial es el consentimiento, porque es contrato consensual, el cual ad-

(1) Nuestras leyes distinguen entre arrendamiento, flete y alquiler: arrendamiento se dice la paga que se da por el uso de una heredad; flete la que se da al dueño de un navio para trasportar algunos géneros de un lugar á otro; y alquiler la paga que se da por el uso de cualquier otra cosa, *L. 1. tit. 8. Part. 5.*

quiere su fuerza de solo el consentimiento, §. *un. Inst. De contr. consens.* De lo que se sacan estas consecuencias: 1^a que con solo el consentimiento se perfecciona este contrato, y por tanto nace de él la obligación y acción en el momento que se ha convenido en la cosa y merced. Pero lo que dijimos en la compra, sobre que si las partes se convenian en reducir á escritura las leyes del contrato, no nacia la obligación hasta concluirse y quedar firmado el instrumento, se observa tambien puntualmente en la locacion y conduccion, *L. 17. C. De fid. inst.* Suelen hacerse muchas vezes estas escrituras en los arrendamientos de bienes raizes y obras, pues acostumbrando en ellos los contrayentes á ponerse diversas condiciones, se necesita un testimonio por escrito, para que no se olviden aquellas. 2^o Que pueden dar y tomar en arriendo todos los que pueden consentir y disponer de sus cosas. Sin embargo las leyes prohíben á algunos tomar en arriendo; á unos *por necesidad*, á otros *por utilidad de la nacion*, y á otros *por privilegio*. *Por necesidad* están prohibidos los decuriones (1), los cuales si tomasen en arriendo los predios rústicos, se tendrían que separar de las curias á que estuviesen adscritos. *Por utilidad de la nacion* se les ha prohibido á los militares, para que no se aparten de las banderas; á los clérigos, porque mezclándose en las cosas y negocios domésticos, no sean indolentes en el servicio de Dios; á los curadores y tutores se les prohíbe arrendar las cosas fiscales y señoriales, para que no respondan al fisco con bienes afianzados ya á los pupilos menores, pues no bastando los bienes para ambas cosas, se hallarian en

(1) Segun las *LL. 3. tit. 14. lib. 7. de la Novísima*, y *2. tit. 8 Part. 3.* los consejeros, oidores, alcades de corte, contadores mayores, sus oficiales, y los del real Consejo, y otras personas poderosas no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas, reales ni concejiles, de las ciudades en que ejercen su oficio.

concurriencia el fisco y los pupilos. Últimamente los hombres de letras tienen el singular privilegio de que no pueden vivir junto á sus casas los artesanos que meten mucho ruido con su trabajo, como cuberos, herreros, tallistas; y así los estudiosos pueden oponerse, si aquellos quisiesen tomar en arriendo habitaciones contiguas. Rebuffo escribió un libro de los privilegios de los que se dedican á las letras, y entre otros muchos verdaderamente ridículos, reclama este en virtud de la *L. un. C. De studios. libert.* Mas á decir verdad nada leemos en aquel testo que pertenezca al asunto y demuestre tan gran privilegio. Sin embargo vemos que todavía está en rígida observancia en algunas provincias y academias de Alemania.

§. CMXXI. Otro requisito esencial son las cosas ó trabajos (*operæ*) que se arriendan. Tales son 1^o todas las cosas que tambien pueden venderse, y aún muchas que no pueden venderse, como las cosas eclesiásticas, *cosas de ciudades*, públicas &c. 2^o Conviene que estas cosas no sean consumibles, pues en otro caso no se trasferiria el uso, sino el dominio. 3^o Pueden tambien darse en arriendo todos los trabajos mecánicos, con tal que sean honestos, mas no los liberales, y que se han de prestar con el ingenio; pues no admitiendo estos estimacion, se sigue que tampoco puede fijarse merced por ellos. De aquí es que no dan en arriendo sus trabajos los ministros de la Iglesia, ni los profesores, abogados etc., sino los artifices y jornaleros. Así es que á los doctos no se debe merced, sino honorario.

§. CMXXII y CMXXIII. Por último falta el tercer requisito esencial, á saber, la *merced*, que cuando se paga por el trabajo, suele tambien llamarse (*manupretium*) salario por el trabajo. 1^o Así como en la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locacion, pues en el momento que en lugar

de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo, frutos, bueyes, cerdos etc., ya no es locacion, sino el contrato *doi para que des*; ó si prestan trabajos por otra cosa, el contrato *doi para que hagas*. Sin embargo otra cosa ha de decirse (a) si se hubiese fijado cierta merced en dinero, y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa, pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*). (b) Si el locador y conductor de predio rústico se convienen en que el colono pague cada año la mitad de los frutos del fundo, *L. 23. §. 6. ff. h. t.*, entónces se llama el conductor (*colonus particrius*) colono aparcerero. Pero si se ha de decir lo que la cosa es en sí, no es ciertamente locacion y conduccion, á no estar estimados los frutos en cierto precio, sino sociedad, pues el locador pone la cosa, el conductor el trabajo, y el interes y daño es comun; y esta es la naturaleza de la sociedad. Véase á *Lauterb. Diss. de colono partiarario*. 2º Así como en la compra y venta debe ser el precio verdadero, justo, cierto, §. 909, así son tambien iguales los atributos de la merced en la locacion y conduccion; por tanto debe ser (a) verdadera porque de otro modo degeneraria en donacion, *L. 46. ff. h. t.* Debe ser (b) justa (1), porque en otro caso se rescindiría, ó habria de suplirse la merced por la *L. 2. C. De resc. vend.* Últimamente debe ser cierta, en sí y con relacion á otra cosa. Por ejemplo: te doi en arriendo tal cosa por la pension que hasta ahora he recibido; ó te la arriendo por la pension que Ticio juzgue justa etc. La razon es, porque en otro caso no habria consentimiento en una misma cosa. Suele aquí preguntarse, si aquella

(1) Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa, *L. 4. tit. 8. Part. 5.* Y por lo que hace á los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasan en los concejos, y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren.

locacion, por la cual el padre de familias en la parábola de san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, envió los operarios á la viña, subsistiría segun nuestras leyes. El padre de familias no prometió nada de cierto á algunos operarios, sino que prometió darles lo que fuese justo; y en el §. 4. *Inst. h. t.* y en la *L. 22. ff. Præsc. verb.*, se niega que sea locacion y conduccion un contrato de esta clase; pues así como vimos arriba, §. 909. 3, que no puede quedar el precio al arbitrio del comprador, así tampoco se deja la merced al arbitrio del locador. Sin embargo juzgo que la locacion de que habla san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, puede tambien subsistir por Derecho civil, pues el jornal de las operarios casi en todas partes está determinado ó por la lei ó por la costumbre, y por tanto es bastante cierta la merced, si prometo al mercenario que le daré lo justo, porque prometo lo que disponen las leyes ó costumbres de cada pueblo.

§. CMXXIV — CMXXVI. Llegamos á la obligacion que nace de este contrato, que es la cuarta parte de este título. Á saber, 1º el locador debe prestar la cosa ó trabajo segun lo prometido, ó si se ha arrendado alguna obra, dar al justo tiempo la merced prometida. 2º El conductor está obligado á pagar en el tiempo señalado la merced ó pension (1), ó si se ha arrendado obra, á darla

(1) No pagando al plazo tratado, puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la casa ó fundo arrendado. *L. 5. título 8. Part. 5.* Mas siendo puntual en pagar, no podia ántes ser desposeido de la casa alquilada, sino en cuatro casos: 1º Cuando al locador se le caía la casa en que moraba y no tenia otra, ó estaba enemistado en aquella vecindad, ó si casaba alguno de sus hijos ó le hacia caballero. En Madrid debia dar fianza, segun auto acordado del Consejo, de que la queria para sí, y la habia de habitar por cuatro años. 2º Si despues de alquilada la casa habia necesidad de obrarla para que no se cayese. 3º Cuando el alquilador usaba mal de la casa. 4º Cuando

hecha y de recibo, según lo convenido. 3º Como es igual el provecho de ambos contrayentes, cada uno se debe mutuamente la culpa leve, §. 788. 2. 4º También aquí corre el caso imprevisto á cuenta del dueño, á no ser que lo tomase á su cargo el conductor. De aquí se sigue, 3º que si el conductor manifestamente no pudiese usar de la cosa, también cesaría la merced; y si en parte solamente pudiese disfrutarla, se rebajaría de la pensión tanto cuanto exija la equidad, *L. 15. §. 1. sig. L. 25. §. 1. L. 33. fin. h. t.* 6º Ordinariamente ha de continuar el contrato por el tiempo señalado, de suerte que los herederos estén obligados en virtud de la locacion y conduccion del difunto por el tiempo determinado en el contrato, *L. 19. §. 8. ff. h. t.*, á no ser que se hayan arrendado trabajos, los cuales, muerto el locador, no se han de prestar por los herederos; por cuanto lo que se obligó, fué la industria de la persona, *L. 31. ff. De solut.* 7º Sin embargo puede concluirse la locacion ántes de tiempo por ciertas causas espresas en el párrafo, en cuyo caso, no obstante, si lo hace el locador sin culpa del conductor, está obligado aquel á resarcir á este el perjuicio. 8º Últimamente, si el conductor permanece en la cosa arrendada fuera del

siendo el arriendo por cuatro ó cinco años, se habian pasado dos sin pagar lo convenido el arrendatario. Pero en la actualidad puede el propietario pedir se deje libre, vacua y e pedita su finca, cuando fuere su voluntad, si no hubiere escritura de arriendo por cierto tiempo á plazo estipulado, debiendo conceder al arrendatario un año, que se llama de *desahucio*, si la finca es rústica, y cuarenta días, si es urbana.

El arrendatario nunca está obligado al caso fortuito, por ejemplo, si las heredades se destruyeren por lluvias, avenidas, etc., y no cogiera nada, á nada está obligado; pero si recoge algunos frutos, queda en la alternativa de pagar la pensión, ó de dar lo que cogió, deducidos los gastos. Lo mismo sucede, cuando en los dos años que lleva arrendado el fundo, el uno produjo tantos frutos que equivalen á los dos, en cuyo caso debe pagar el arrendamiento.

tiempo prefijado, y lo tolera el locador, se entiende renovado el arrendamiento, y con las mismas condiciones que anteriormente, *L. 13. §. ult. ff. h. t.* Esto se llama *relocatio ó locatio tacita*, locacion tácita.

§. CMXXVII — CMXXIX. Faltan las acciones que nacen de este contrato, las cuales proviniendo de un contrato nominado, es consiguiente que también lleven el mismo nombre, y que por tanto se llamen (*locati conducti*) de lo arrendado, §. 779. Una y otra es directa, porque el locador y conductor se obligan mutuamente desde el principio y por la misma naturaleza del contrato, aquel á entregar el uso de la cosa ó los trabajos, y este á pagar la merced, pensión ó alquiler, §. 872. Así que por la acción *locati* (de la locacion) obra el locador contra el conductor y sus herederos, para que se paguen la merced y las usuras desde su demora, y también para que acabada la locacion, se restituya la cosa y se resarza el daño causado aún por culpa leve, §. 924. Y por la acción *conducti* (de la conduccion) obra el conductor contra el locador, á fin de conseguir todo lo que aquel puede exigir de este por las leyes de este contrato; de donde fácilmente se deduce que ambas acciones son de buena fe, §. 781. *L. 54. ff. L. 17. C. h. t. §. 28. Inst. de action.*

5 DEL CONTRATO DE ENFITEÚSIS.

§. CMXXX. No es este tratado un título particular de la *Instituta*, sino un apéndice del tit. 25. Habiéndose dicho arriba, que ántes del tiempo de Zenon no era la enfiteúsis un contrato especial, sino que unos lo acostumbraban referir á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion, preferimos tratar de él separadamente, por cuanto en realidad ni es locacion y conduccion, ni compra y venta, *L. 4. C. De jure emphyt.* Por lo demas

este contrato es el único que tiene nombre griego; de lo cual no sin fundamento colige J. Eschiltero que empezó á conocerse desde el tiempo del gran Constantino, cuando se trasladó la silla del imperio de Roma á Constantinepla. Se llama enfitéusis de un verbo griego, que significa *plantar*, porque el objeto de este contrato era entregar por cierto cánon campos incultos, con la condicion de que se cultivasen: del origen de este uso diremos algo, tomando las cosas desde los principios. Los romanos tenian admitida la máxima de que á aquel, cuya era una provincia, pertenecian tambien todos los campos ó terrenos de la misma. Así que, vencida una nacion, todos los particulares de ella perdian el dominio de sus tierras, que se hacian por consiguiente públicas. Como el pueblo en su totalidad no podía cultivarlas, ni percibir sus frutos, solian adoptar tres arbitrios: ó bien por medio de una lei agraria se llevaban colonias á la provincia nueva, y se repartian los campos entre los nuevos colonos; ó bien arrendaban las tierras cultivadas á sus primitivos poseedores, ó á los nuevos con la condicion ó gravámen de que habian de pagar una cuota anual, v. gr. la décima parte de los frutos; y estos campos se llamaban entónces *vectigales* de la cuota ó tributo (*vectigal*) arriba dicho; ó finalmente, se daban los terrenos incultos y aún no desguajados á otras personas, con la obligacion de cultivar estos terrenos y pagar un moderado cánon anual, quedándose con el dominio útil; y estos terrenos ó campos llevaban el nombre de *enfitéuticos*. Hé aquí por qué en las Pandectas vemos el titulo, *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius pet.* Esta costumbre tenian los romanos, y la misma observaban los municipios y colonias; pues estas ciudades poseian campos bastante estensos, de los cuales sacaban con que sostener las cargas de la república. Estos campos tambien eran arrendados por cierto tributo (*vectigal*)

anual, ó dados en enfitéusis por un cánon anuo. Esto mismo imitaban por último los particulares; de manera que desde el cuarto siglo de la era cristiana nada fué tan frecuente como este contrato. Esta materia está tratada con mucho tino por Pedro Burmano, *De vectig. P. rom. pág. 128. sig. pág. 148. sig.*

§. CMXXXI y CMXXXII. La palabra enfitéusis puede considerarse de dos maneras; ó como *derecho en la cosa*, ó como *derecho á la cosa*; porque si, por ejemplo, yo prometo á otro un terreno por cierto cánon, este sugeto, en virtud de esta promesa ó contrato, solo tendrá derecho á la cosa, y por una accion personal podrá obligarme á que le entregue dicho terreno, pues que su derecho nace de mi obligacion, §. 767. Por el contrario, cuando el campo está ya entregado, al instante recibe el poseedor un *derecho en la cosa*, y en efecto adquiere un dominio, no pleno á la verdad, pero sí útil; de suerte que hace suya la cosa, dispone de ella, la vindica, y percibe todos sus frutos, con tal que pague todos los años el cánon convenido. Dije que el enfitauta se hacia dueño, pero no pleno; porque al modo que en el dominio ménos pleno hai dos dueños, uno llamado *directo* y otro *útil*, así tambien sucede en la enfitéusis. El que dió el campo por cierto cánon, se llama *señor directo de la enfitéusis*, y el que recibe este campo y paga el cánon, tiene el nombre de *señor útil ó enfitauta*. Hai algunos que sostienen que el enfitauta no adquiere dominio, y entre ellos con especialidad Harprecto en su *Comment. ad §. 3. Inst. h. t. tom. III. de sus obras*, fundándose en que la *L. 1. §. 1. ff. Si ager vect. emphyteut.* niega ser dueño el enfitauta; de donde infiere que la enfitéusis tiene mas de usufructo que de dominio. Pero á esto respondemos, 1º que si en dicha *L. 1. §. 1.* se niega que el enfitauta sea dueño, es porque no tiene el dominio pleno; no porque no tenga parte de dominio.

2º No puede llamarse el enfiteuta usufructuario, por cuanto dispone libremente de la cosa entre vivos, y por causa de muerte la trasmite á todos los sucesores, asi universales como singulares, y hace en el fundo mismo las mudanzas que se le antojan; cosas todas que, segun hemos visto arriba, no puede hacer el usufructuario, y si el enfiteuta, como despues diremos. 3º El enfiteuta es llamado espresamente dueño en la *L. 12. pr. C. De fund. part. L. ult. C. De cons. et censit. L. 1. L. 8. L. 11. C. De omn. agr. desert.* Por lo demas, si se atiende á que estamos tratando la materia de contratos, fácilmente se echará de ver que aqui no consideramos la enfiteusis como derecho en la cosa, sino como derecho á la cosa, como obligacion ó contrato. Asi pues esplicaremos brevemente, 1º qué viene á ser contrato de enfiteusis, §. 933 y 934; 2º cuáles son los derechos del enfiteuta, §. 935 y 936; 3º cuál es su obligacion, §. 937; 4º cómo se acaba la enfiteusis, §. 938; y 5º qué acciones nacen de este contrato, §. 939 y 940.

§. CMXXXIII y CMXXXIV. Qué cosa sea el contrato de enfiteusis, lo sabremos parte por la definicion, parte por los axiomas que se derivan de ella, y que tambien espoudremos. La definicion está concebida en estos terminos: *es un contrato consensual, por el que se concede á otro el dominio útil de un predio, para siempre ó para largo tiempo, por cierto cánon anuo que se debe pagar en reconocimiento del dominio.* Decimos que es un *contrato consensual*, pues esta es la naturaleza que le atribuyó Zenon, segun consta de la *L. 1. C. De jur. emphyt.*, y del §. 13. *Inst. h. t.*; y como para que valga un contrato consensual solo se requiere el consentimiento de ambos contrayentes, §. 895, se deducen dos axiomas: 1º que el contrato está perfeccionado, tan pronto como consienten los contrayentes; y 2º que la escritura solo se requiere para prueba, espe-

cialmente segun la *Nov. VII. pr.*, y la *Nov. CXX. cap. 5.* en la enfiteusis eclesiástica. De un modo diverso opina Pagenstechero en sus *Aphor. h. t.*, pues considera como literal este contrato, y por consiguiente cree que la escritura entra en su esencia. Pero esto seria contra la naturaleza de los contratos consensuales, que no necesitan escribirse, á no ser que los contrayentes se convengan en reducir á escrito las condiciones y leyes del contrato. En el §. 3. *Inst. h. t.* se hace tambien mencion de escritura; mas no porque ella forme la esencia de este contrato, sino porque nadie es tan necio que dé sin escritura á otro un campo enfiteutico, siendo de temer que con el trascurso del tiempo niegue el poseedor la cualidad enfiteutica del terreno, y quiera quedarse con el dominio pleno; en cuyo caso el dueño de la enfiteusis, destituido de esta escritura, no tendria ninguna prueba en su favor. Decimos por último en la definicion que es un contrato consensual para *conceder el dominio útil*, porque del contrato no nace dominio, sino que solo se promete, y el dominio se adquiere por la subsiguiente tradicion. De aquí el tercer axioma, segun el cual el derecho en la cosa se deriva de la tradicion que sigue á este contrato. La razon de esto queda espuesta en el §. 339. Finalmente añadimos en la definicion, *por cierto cánon anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio*; sobre lo cual se debe notar la diferencia que média entre la locacion y conduccion y la enfiteusis. Porque 1º el conductor paga una *merced*, y el enfiteuta un *cánon*: 2º aquella es proporcionada á los frutos ó productos de la cosa, y este moderado, y con frecuencia en sumo grado infimo: 3º aquella se paga por el uso de una cosa ajena, y este por una cosa propia en reconocimiento del dominio superior ó directo.

§. CMXXXV y CMXXXVI. Hemos visto lo que es el contrato enfiteutico: ahora trataremos de los *derechos d l*

enfiteuta, los cuales consisten parte en disponer y enajenar, y parte en percibir los frutos y usar de vindicacion. Todo esto lo esplicaremos por su orden. 1º El enfiteuta percibe todos los frutos, aún los tesoros que se encuentren, porque es señor útil; y aún cuando este caso del tesoro no se halle decidido en las leyes (razon por la que Harprecho y otros sostienen que el tesoro encontrado en el fundo enfiteutico no pertenece al enfiteuta, pues tampoco el usufructuario se queda con ningun tesoro, *L. 7. §. 12. ff. Sol. matr.*); no obstante repugna á la analogía del derecho el argumento deducido del usufructo para aplicarse al dominio. El dueño sin duda alguna recoge de su cosa todos los frutos, no solo los ordinarios, sino tambien los estraordinarios; 2º Puede tambien el enfiteuta imponer servidumbre en el fundo, lo cual no es permitido al usufructuario; puede igualmente mudar la superficie del terreno, cosa que tampoco podia hacer el usufructuario, *L. 13. §. pen. L. 44. ff. De usufr.* Puede empeñar, dar, permutar; todo lo cual escede las facultades del usufructuario; pero cuando decimos que el enfiteuta puede mudar el aspecto del fundo, no queremos dar á entender que pueda empeorar el campo. Esto seria contrario al fin de la enfiteusis, la cual, segun queda dicho, se establece para que el campo inculto se cultive, y por consiguiente se mejore, *Auth. Qui rem, C. De SS. eccl.* 3º Puede el enfiteuta vender la cosa; pero con obligacion de hacerlo saber al señor. Lo cual no quiere decir que se requiera el consentimiento de este, como sucede en los feudos; sino que se necesita este aviso, porque al señor conceden las leyes el derecho de *preferencia (protimisis)*, y por tanto puede deliberar si comprará ó no la cosa. Por eso si el señor no quiere comprarla, ó no declara su voluntad dentro de dos meses, puede entónces el enfiteuta vender la cosa segun le plazca, *L. 3. C. De jur. emphyt.*

4º Al modo que recoge todos los frutos de la cosa enfiteutica, con razon debe tambien pagar los tributos y demas pensiones anejas á la misma cosa, y está obligado á poner de manifiesto al señor los recibos, siempre que este quiera verlos, *L. 2. C. eod.* 5º Y por cuanto es un efecto del dominio que el dueño pueda vindicar su cosa de cualquier poseedor, el mismo derecho compete tambien al enfiteuta, quien aún del mismo señor de la enfiteusis puede vindicar el fundo enfiteutico, *L. 1. §. ult. L. ult. ff. h. t.* Puede parecer estraño y absurdo que yo vindique la cosa de su mismo dueño; pero la dificultad se salva, diciendo que el enfiteuta vindica el dominio útil del señor directo, á quien no compete este dominio. Del mismo modo tambien el señor directo puede vindicar su dominio de cualquier poseedor, hasta del mismo enfiteuta. 6º Finalmente, siendo un derecho propio del dueño el transmitir una cosa suya á sus herederos y á los estraños, ó por última voluntad, ó abintestato, tambien goza de igual derecho el enfiteuta. Pero debe notarse que si la cosa enfiteutica. se devuelve al heredero, nada hai que pagar; pero si es á los estraños, estos tienen que pagar al señor el *laudemio*, que segun las leyes consiste en la quincuagésima parte del precio, esto es, en el dos por ciento. Así es que se tasa el predio enfiteutico, y si su precio es, por ejemplo, de dos mil florines, por via de laudemio se pagarán cuarenta, *L. 3. C. De jure emphyt.* Pero las costumbres en esta parte son mui varias, sobre lo cual escribió el celebre jurisconsulto Franzkio un tratado particular, en que con claridad espone lo que acerca de esta materia se observa en varias naciones.

§. CMXXXVII. Vamos ahora á tratar de las *obligaciones del enfiteuta*. Estas consisten 1º en el cánon anuo que debe pagar puntualmente al tiempo convenido. Si pues no paga al dueño seglar en tres años consecutivos, ó á la

Iglesia en dos, el enfiteuta pierde su derecho, *L. 2. C. De jure emphyt. Nov. 7. cap. 3. §. 2.* Además debe observarse 2º que este cánon no se perdona, aún cuando el enfiteuta no pudiese usar del campo ni percibir los frutos de él por esterilidad, incursión de enemigos ú otro caso fatal, *L. 1. C. De jure emphyt.* Otra cosa dijimos estar dispuesta por Derecho en la locacion y conduccion, §. 924. 6. Por qué tal diversidad? La razon de la diferencia está en que la merced se paga en la locacion y conduccion por el uso de una cosa ajena; y por consiguiente, cesando el uso, tambien debe cesar la merced. Pero el cánon se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio, §. 933, y por lo mismo, que pueda que no pueda usar de la cosa, debe no obstante reconocer el dominio, y por tanto pagar el cánon. De lo cual por último se deduce, 3º que pereciendo todo el fundo por un terremoto ó inundacion, tambien debe cesar el cánon; porque una cosa que ya no existe, no puede tener dueño. Luego en este caso nada debe pagarse en reconocimiento del dominio, *L. 4. C. De jure emphyt.*

§. CMXXXVIII. Los modos con que se acaba la enfiteusis, se deducen fácilmente de la misma naturaleza del contrato. 1º El primer modo es la *destruccion de la cosa*, y de él se ha tratado en el párrafo anterior. Las cosas que no existen, no pueden tener ningunas cualidades, ni dueño, ni prestar utilidad alguna. 2º El segundo es la *consolidacion*. Ya sea que el dueño directo adquiriera con cualquier justo título el dominio útil, ya el dueño ó enfiteuta el dominio directo, el campo deja de ser enfiteutico, y pasa al pleno dominio del poseedor. 3º El tercero es la *prescripcion*. Porque si por espacio de diez años, estando el dueño presente, ó de veinte, estando ausente, el enfiteuta no pagase el cánon, y el dueño permaneciere tranquilo, el enfiteuta adquiere por la prescripcion el dominio

pleno, *L. 15. §. 27. C. De damn. infect. IV.º* El cuarto modo es la *tardanza ó morosidad consentida en pagar el cánon*. Porque si el enfiteuta no pagare al dueño seglar por tres años, ó á la Iglesia por dos el cánon convenido, ya dijimos poco hace que podria ser echado y privado del campo. No obstante por Derecho canónico, *cap. ult. X. De locat.*, si ántes de que el dueño trate de echar á un enfiteuta, ofrece todavía este el cánon, reparando así la tardanza, la privacion cesa, porque se considera que el dueño al recibir el cánon perdonó esta tardanza al enfiteuta. 5º El quinto modo es la *venta de la casa hecha sin conocimiento del dueño*, del cual hemos hablado en el §. 935. 3. 6º El sexto y último modo es si el fundo dado en enfiteusis, en vez de mejorarse, se empeora en sumo grado; pues repugnando esto al fin del contrato enfiteutico, que es el cultivo de un campo inculto y su mejora, con razon lo pierde el que directamente contraviene á este fin. *Auth. Si rem, C. De SS. eccles.*

§. CMXXXIX y CMXL. Falta la quinta y última parte de este apéndice, en la cual hablaremos de las *acciones* que resultan de este contrato. Las que de él se derivan, son dos, porque ambos contrayentes por la misma naturaleza del contrato se obligan á algo, el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar el cánon: luego siendo el contrato bilateral, preciso es que las acciones que de él nacen, sean dos, y estas directas, §. 782. Además, siendo este contrato nominado, las acciones serán tambien del mismo nombre, *enfiteuticas*: la una corresponde al enfiteuta contra el señor, para que entregue la cosa ó predio segun las leyes del contrato, y la otra pertenece al señor contra el enfiteuta, para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr. el cánon, laudemio, etc. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto

el enfiteuta como el señor intentan acción contra un tercero, esta acción será reivindicatoria; la cual no pertenece á este tratado. (1).

(1) Como casi toda la doctrina de Heineccio hai que variarla, para tratar de nuestros censos ó juro, que son los contratos de enfiteusis, les explicaremos en este lugar. Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aquí se toma por un derecho de percibir cierta pensión ó rédito anual procedente de la traslación del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito. El censo así definido se divide en *enfiteutico, reservativo y consignativo*.

Censo enfiteutico es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raíz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo, que siempre queda al que concede la enfiteusis, L. 28. tit. 8. Part. 5. Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, y así aunque se requiere escritura, es como una condición necesaria para que conste el contrato, y sin la cual no vale por nuestro Derecho; pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradición. Finalmente se añade en la definición, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil; en cuyas palabras se puede notar la diferencia que hai entre la locación-conduccion y la enfiteusis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pensión: el alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa; la pensión por lo regular es muy corta. En Madrid cada solar que tiene 50 pies de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteutico por dos ducados.

Hemos visto qué cosa es enfiteusis; veamos ahora cuáles son sus derechos. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfiteuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condición de que antes de venderla, lo avise al señor del fundo, L. 29. título 8. Part. 5. Mas esta noticia no se le da, porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro; y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á

TÍTULO XXVI.

DE LA SOCIEDAD.

§. CMXLI — CMXLIII. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar 1º qué cosa sea, §. 944-943.; 2º de cuántas maneras, §. 944.; 3º cómo se entabla, §. 945 y 946.; 4º cuál es la obligación reci-

quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el enfiteuta; en cuyo caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por que se vende la cosa, ó ménos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento de la enfiteusis. 3º Como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquier poseedor, se sigue que el enfiteuta tiene el mismo derecho, y puede vindicar el fundo aun del mismo señor de la enfiteusis; en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor de dominio directo, á quien no pertenece aquel.

Las obligaciones del enfiteuta consisten, primero en pagar el cánón ó pensión anual en el tiempo y modo pactado, L. 28. tit. 8. Part. 5. De otra suerte perderá su derecho; con la diferencia de que si el señor de la enfiteusis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años, para que pueda ser privado de su derecho; y si fuere lego, se requiere que en tres años continuos no pague la pensión; pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarla 1º ahaja con pretexto de comiso en este caso. 2º Debe el enfiteuta pagar la pensión, aunque por esterilidad, fuego ú otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que se ha dicho tratando de la locación y conduccion. La razón de la diferencia consiste en que el alquiler en la locación se paga por el uso de una cosa ajena, cesando el cual debe tambien cesar el alquiler; mas el cánón ó pensión se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba fruto ó no; luego en todo caso debe la

el enfiteuta como el señor intentan acción contra un tercero, esta acción será reivindicatoria; la cual no pertenece á este tratado. (1).

(1) Como casi toda la doctrina de Heineccio hai que variarla, para tratar de nuestros censos ó juro, que son los contratos de enfiteusis, les explicaremos en este lugar. Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aquí se toma por un derecho de percibir cierta pensión ó rédito anual procedente de la traslación del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito. El censo así definido se divide en *enfiteutico, reservativo y consignativo*.

Censo enfiteutico es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raíz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo, que siempre queda al que concede la enfiteusis, L. 28. tit. 8. Part. 5. Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, y así aunque se requiere escritura, es como una condición necesaria para que conste el contrato, y sin la cual no vale por nuestro Derecho; pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradición. Finalmente se añade en la definición, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil; en cuyas palabras se puede notar la diferencia que hai entre la locación-conducción y la enfiteusis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pensión: el alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa; la pensión por lo regular es muy corta. En Madrid cada solar que tiene 50 pies de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteutico por dos ducados.

Hemos visto qué cosa es enfiteusis; veamos ahora cuáles son sus derechos. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfiteuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condición de que ántes de venderla, lo avise al señor del fundo, L. 29. título 8. Part. 5. Mas esta noticia no se le da, porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro; y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á

TÍTULO XXVI.

DE LA SOCIEDAD.

§. CMXLI — CMXLIII. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar 1º qué cosa sea, §. 944-943.; 2º de cuántas maneras, §. 944.; 3º cómo se entabla, §. 945 y 946.; 4º cuál es la obligación reci-

quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el enfiteuta; en cuyo caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por que se vende la cosa, ó ménos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento de la enfiteusis. 3º Como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquier poseedor, se sigue que el enfiteuta tiene el mismo derecho, y puede vindicar el fundo aun del mismo señor de la enfiteusis; en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor de dominio directo, á quien no pertenece aquel.

Las obligaciones del enfiteuta consisten, primero en pagar el cánón ó pensión anual en el tiempo y modo pactado, L. 28. tit. 8. Part. 5. De otra suerte perderá su derecho; con la diferencia de que si el señor de la enfiteusis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años, para que pueda ser privado de su derecho; y si fuere lego, se requiere que en tres años continuos no pague la pensión; pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarla 1º ahaja con pretexto de comiso en este caso. 2º Debe el enfiteuta pagar la pensión, aunque por esterilidad, fuego ú otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que se ha dicho tratando de la locación y conducción. La razón de la diferencia consiste en que el alquiler en la locación se paga por el uso de una cosa ajena, cesando el cual debe tambien cesar el alquiler; mas el cánón ó pensión se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba fruto ó no; luego en todo caso debe la

proca de los socios, §. 947 y 948.; 5º cómo se disuelve, §. 949 y 950.; y 6º qué acción resulta de este contrato, §. 951 y 952.

1.º Por lo que hace á la primera parte, daremos la definición de la sociedad. Mas para que esta no se confunda con la *comunion de cosas*, espondremos las principales diferencias. (a) La sociedad es un contrato, y la comunión

pensión. De aquí se infiere también que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundación, cesa la obligación de pagar; pues de una cosa que no existe no hai señor, ni tampoco dominio que reconocer; pero basta para que permanezca la obligación, según nuestro Derecho, que quede salva la octava parte del fundo en que consiste la enfiteúsis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1º es la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2º es la consolidación; y así, sea que el señor directo adquiriera el dominio útil, sea que el señor de este adquiriera el directo, se acaba por consolidarse y unirse en una sola persona ambos dominios. El 3º por prescripción, de suerte que si el enfiteuta no paga la pensión ó canon por tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconviéndole, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripción. El 4º es la tardanza en pagar el canon ó pensión, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por Derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, según dejamos dicho. El 5º es por enajenación de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebración de la venta, *L. 28. tit. 8. Part. 3.*

Las acciones que nacen de este contrato, son dos, ambas directas; porque uno y otro contrayente quedan obligados desde el principio por la naturaleza del contrato, el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar la pensión.

El *censo reservativo* se verifica, cuando uno da á otro una cosa raíz, transfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pensión anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman *censoario*. Entre este censo y el enfiteutico hai varias diferencias: La 1ª que por aquel se transfieren ambos dominios, directo y útil, y por la enfiteúsis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el señor del predio. La 2ª es que en la enfiteúsis, si en dos ó tres años no paga la pensión

de cosas un cuasi contrato. (b) Aquella se entabla por verdadero consentimiento de los socios; en esta también entramos contra nuestra voluntad, por ejemplo, si á mi y á Ticio se nos da, lega, etc., una cosa. (c) De la sociedad nace la acción *de sociedad* (*pro socio*) meramente personal; de la comunión de cosas se deriva la acción *de división de*

el enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pensión en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condición de que no pagando el censoario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á Derecho. 3ª La enfiteúsis y el censo reservativo se diferencian finalmente en que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta; todo lo cual falta en el censo reservativo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se duda si el contrato celebrado es de censo reservativo, ó de enfiteúsis. En este caso se deberá decidir la cuestión haciendo una diligente observación de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato, que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas de un modo equívoco por ignorancia del escribano. Pero si aún atendido todo quedare la duda en pié, se deberá juzgar el contrato, ántes de censo reservativo, que de enfiteúsis. La razón es porque en caso de duda debe ser mejor la condición del que posee, cuando se trata de gravarle, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia de este censo reservativo es bien clara, porque adquiriendo el censoario el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pensión anual á que se obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ambos la igualdad que requiere la justicia conmutativa. ®

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convención, sino también por testamento, como si un testador lega á otro una cosa fructífera raíz, reservándose una pensión anual que se pague á sus herederos, ó á otro que se señale. Puede también fundarse, ó perpetuo ó redimible; pero si se fundare absolutamente, de suerte que no conste cuál es la mente del fundador, ántes se deberá juzgar perpetuo

bienes (*communi dividendo*), la cual es de naturaleza mista. Tratemos ya de la sociedad : esta es un *contrato consensual entablado para comunicarse los bienes ó la industria, con el fin de obtener una ganancia comun*. Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento, de manera que no se necesita escritura

que redimible, así porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa, reservándose una pension retiene el derecho á percibirla en lugar del dominio que tenia ántes, y de consiguiente aquel es perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó estinguirá, pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado ántes, se graduará á arbitrio del juez. Mas siendo esta redencion una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, por esta se deberá alcabala, siempre que se verifique la redencion.

El censo consignativo se llaman así, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto ni el dominio directo ni el útil que tenia ántes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo licito ó de lo ilícito de este censo, como veremos despues.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se conceda por cierto precio, consistente en dinero contado, y entónces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros titulos, como permutacion, donacion, ó en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad; y segun varie el título, variará mas ó ménos su naturaleza. Por ahora trataremos de él, como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es mas frecuente, como porque explicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir, cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es *una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raíces de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual, ó otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes, como antes lo era*. Se dice que compra el derecho dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion, como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya

ni otra cosa alguna para perfeccionar este contrato. Es verdad que deben los socios entregar el dinero que han prometido reunir en comun; pero esta tradicion es un efecto del contrato, como sucede en la venta, y no pertenece á su esencia. Aún mas, en la sociedad universal ni siquiera se necesita de tradicion, porque se presume he-

sea verdadera ó fingida. En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension; y así, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra; pues no es la pension lo comprado, sino el derecho de percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en *pecuniario*, cuya pension consiste en dinero, y en *fructuario*, que consiste en frutos, como trigo, vino, azeite; pero está espresamente prohibida la paga en frutos por la *L. 4. tit. 15. lib. X. de la Nov. Rec.* Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo, cuya pension se debe pagar cada año, ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente por razon de la duracion, se divide en *perpetuo* y *temporal*. Estas dos especies se subdividen, el perpetuo en *irredimible*, que es absolutamente perpetuo, por lo que se le da este nombre; y en *redimible*, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice *censo al quitar*, el cual tambien se llama *perpetuo*, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años, v. gr. diez, veinte ó treinta, y en otro, que se celebra por un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama *vitalicio*.

Otra division traen algunos del censo consignativo en personal y real; *personal* llaman aquel, en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba cosa alguna. Pero esta division parece poco exacta, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en sola persona, sino en cosa; y aunque algunos opinan que hoy día están aprobados los tales censos personales por una real cédula de 10 de junio de 1764, espedita á consulta de los cinco Gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo, en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. Para mayor claridad insertaremos aquí la parte dispositiva de dicha cédula.

cha, *L. 1. §. 1. L. 2. ff. h. t.*, á escepcion de los nombres, es decir, las obligaciones y acciones, pues para comunicarlás, por ser inherentes á la persona, ni siquiera basta la tradicion, sino que se requiere una cesion mutua, *L. 3. ff. eod.*, que en las letras de cambio tiene un nombre particular, y se llama *endoso*.

que dice así: « Por los diputados de los cinco Gremios mayores de Madrid se representó á S. M., que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion, destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, particularmente de viudas, pupilos y otros, que destituidos de propia industria, lograban por este medio valerse de los Gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interin el interes de un tres ó dos y medio por ciento; que en esta posesion y buena fe habian estado muchos años, así los Gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido, tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen mui seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y de sana doctrina, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que eran legitimos y obligatorios estos contratos, y mandó S. M. que como tales fuesen juzgados en sus tribunales. » Estos contratos no son de censo, sino de una cierta compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una parte de él al que dió el dinero, y tomando el mercader para sí lo restante; por lo que es evidente la justicia de semejante division.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas: 1^a la suerte ó el precio por el cual se compra, al que llaman *capital*: 2^a la pension ó rédito que se paga, y 3^a la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa san Pio V mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque esto no se recibió en España, segun una *lei de la Novisima Recop.*, con todo es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo

§. CMLIV. II.º Ahora vamos á ver de cuántos modos es la sociedad. Se divide en *universal*, *general* y *singular*: universal es, cuando los socios se comunican todos los bienes presentes y futuros, por cualquier título que sean adquiridos, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* Tal es la que habian entablado los primitivos cristianos, quienes reunian en comun todos

se evitan los fraudes que son frequentísimos en esta especie de contratos. Se requiere tambien que el precio sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar, sea correspondiente al capital que se entrega, y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado segun los tiempos y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por ciento, siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser mayor el precio; es decir, debe ser menor la pension, y señalarse atendiendo á los tiempos y provincias en que se funde. Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la lei muchos censos con el nombre de perpetuos é irredimibles, en los cuales la pension no consistia en dinero, sino en trigo, vino y otros frutos, se mandó por otra lei que estos se reputaran redimibles ó al quitar; y por lo mismo parece deberse entender de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son frequentes y mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público, y tan general que comprende aún á los censos fundados anteriormente á su publicacion, con todo se halla permitida por otra lei la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere; lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hai varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aquí para mayor inteligencia. El 1º es que el censo se constituya sobre cosa mueble ó semoviente, y así debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices, los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2º pacto reprobado es que el censuario debe pagar los réditos anticipados, el cual se prohíbe, porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes

sus haberes, de suerte que ninguno de ellos decia esto es mio, *Act. apost. cap. 4. vers. 32.* Tal es tambien la que hoy se observa entre los monjes y monjas, cuyas moradas tomaron el nombre de *cenobios*, de su vida comun, de cuya voz usaban tambien los antiguos pitagóricos, segun *Yamblich, vit. Pyth.* Se llama sociedad general, cuando

y sospechas de usura; y así cumple el censatario con satisfacerlos, luego que estén devengados. El 3º es que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca, deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y por esto si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta y extinguirse su capital; y lo mismo se hace si en parte es infructifera. Pero si solo recibe disminucion, ó alguna otra especie de daño la cosa, se considera el censo como un contrato de compra y venta, en el cual luego que se perfecciona, pertenece al comprador, que es el censalista, el daño que sobrevenga á la cosa.

Otro pacto que se reprueba en este contrato, es el de que no pueda enajenar la cosa sobre que se impone el censo, y así no se puede sacar ni restringir al censatario la facultad de vender y enajenar, por contrato entre vivos ó última voluntad, la cosa, siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero si será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendria obligacion de pagarlo. La condicion de retracto, por la cual el censatario queda con la obligacion de avisar un mes ántes al censalista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfiteutico, § 6. de la bula de Pío V.

Falta ahora tratar de los modos como se estinguen los censos: 1º por destruccion de la cosa; al cual es semejante el 2º, que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructifera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciese, ó se hiciera infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por faltar la cosa, con todo puede el señor del censo repetir el precio, y los daños y perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor. 3º Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor

los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demas que se adquiere por beneficio de la fortuna. Esta es mas rara, no obstante que en algunos parajes se observa entre los cónyuges, á los cuales pertenece en comun lo que adquieren durante el matrimonio, bien que cada cual reserva para sí lo que reciben

del censo; la razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa, porque como el censo sea una carga sobre la cosa á manera de servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librárá, luego que suelte la posesion de ella. El 4º modo de acabarse el censo es por prescripcion de 30 años, esto es, cuando el poseedor de una cosa, sujeta á censo, la tiene todo este tiempo con buena fe, como libre de toda carga; lo que es conforme á las leyes recopiladas, que piden todo este tiempo para prescribir ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fe, porque esta en el dia parece necesaria en la prescripcion de 30 años. Esta prescripcion, que estingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga; esto es, desde que el acreedor no recibió los réditos de persona alguna, porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aún comenzada la prescripcion. Ahora si estinguido el censo por prescripcion se han de entender tambien estinguidas todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripcion para cada pension; es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella que por la misma prescripcion, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. Consiste esto en que el censo es lo principal, ó la raíz y origen de toda obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que absolutamente depende de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio.

Finalmente los censos redimibles se acaban por redencion, esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte capital, ó el precio que recibió al tiempo de la fundacion; y este modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva por el modo que se contrajo. Tiene pues libertad el deudor de todo censo redimible de volver el precio que recibió al acreedor, y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino

por herencia ú otro título. Finalmente hai sociedad singular, cuando esta se entabla para una sola cosa ó negocio, *L. 5. pr. L. 52. §. 5. ff. h. t.* Estas son mui frecuentes entre los comerciantes, y se llaman *compañías*.

§. CMLXV y CMLVI. III.º Con esto se entenderá fácilmente como se contrae esta sociedad. Todo viene á parar en que se entabla por *consentimiento*, y de aquí se infiere, 1.º que tambien es válida una sociedad desigual, *L. 5. §. 1. ff. Pro soc.* Así, por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio diez mil y Javoleno ochenta mil, serán socios ni mas ni ménos que si cada uno pusiese una misma cantidad. 2.º Y aún valdrá la sociedad en que uno ponga los fondos y otro la industria, *L. 5. §. 1. ff. eod.*; v. gr. si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y Sempronio promete dirigir todos los negocios, emprender viajes, mantener la correspondencia, etc., este será socio, aunque no ha puesto

tambien por partes, aún cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores, y la razon que tienen es, porque las *Estravagantes* de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se puede hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de *partes*, de que usan dichas *Estravagantes*, se significa la mitad; y la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina recibida en materia de pagas, en donde se sienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor; es mui probable, como opinan algunos, que no es licito al deudor del censo redimir parte menor que la mitad del capital.

Á mas de esto sientan varios autores, que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aún valdría el pacto de lo contrario, á no ser que esté gravámen se compense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto, como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado; lo cual prohiben severamente nuestras leyes. Esta razon, como que es de bastante peso, debe servir para reprobear todos aquellos pactos, que por ser demasiado molestos y gravosos, producen el mismo efecto de disminuir el precio; lo que se deberá tener presente en esta materia, para no hacer contrato alguno ilícito ó usurario.

ningun dinero. Aquí deben no obstante observarse dos cosas: (a) que la industria ó el trabajo deben ser honestos y licitos. Así pues, si uno de los socios promete contribuir al adelantamiento de la sociedad, engañando á los compradores y defraudando á la real Hacienda, esta sociedad, será nula, *L. 52. §. 17. L. 53. ff. Pro soc.*; porque sobre las cosas torpes, como moralmente imposibles, no puede haber ninguna obligacion. (b) Va mucha diferencia en que uno ponga su industria como socio, ó en que lo haga como factor por cierto estipendio. En este último caso el que pone la industria no es participante de los daños, y debe contentarse con su salario, y si se le niega este, puede pedirlo, no por la accion de sociedad (*pro socio*), sino por la accion de locacion (*locati*). 3.º Es nula la sociedad que se contrae por causa de donacion, por ejemplo, esta: yo pondré veinte mil, tú diez mil: todo lo que se gane, será tuyo, y los daños serán comunes. Vale si como donacion este convenio, con tal que si excede de quinientos sueldos, (1) se registre en las actas;

(1) Al principio de la fundacion de Roma no se conoció en ella la moneda, hasta que Numa Pompilio, su segundo rei, estableció una compañía de monederos, los cuales la fabricaban de cobre, cortada en piezas cuadradas, y su peso distinguía el valor, sin signo alguno. La principal era el *as*, que se llamaba *rudo y grave*, por su figura tosca, y pesaba una libra de doce onzas, y se dividía para la comodidad del comercio en otras monedas de menor peso, cuyos nombres romanos se han explicado en otro paraje: seguía el dipondio, que valía dos ases; el sestercio dos y medio, y diez el denario.

As permaneció esta moneda tosca hasta que, cerca de ciento ochenta años despues, Servio Tulio, sexto rei de los romanos, conociendo la incomodidad que resultaba de andar siempre con el peso para la compra de las cosas de poco valor y mercaderías de primera necesidad, mandó mudar su forma y batir el *as* de figura redonda, con el peso fijo de una libra, marcando en ambos lados figuras de deidades, hombres y animales, añadiéndoles tambien números, para conocer su peso y valor: el dipondio tenia dos II ó dos LL, que queria decir dos libras ó ases; pero los impresores los señalan así II: el sestercio

pero no vale como sociedad, porque esta se entabla para conseguir una ganancia comun. Asi es como debe enten-

dos LL y una S (*semis*, mitad) en esta forma L.L.S., que quiere decir dos libras y média, y el denario tenia una X, porque valia diez ases.

Mas despues que los romanos adquirieron por medio de sus conquistas la plata de los pueblos vencidos, empezaron á usarla para sus monedas; y asi es que poco ántes de la primera guerra púnica, sobre el año 585 de Roma, vemos batir la moneda de plata: la de mas infimo valor era el sestercio, el cual valia dos ases y medio, y tenia marcadas en él las letras L.L.S.; la del quinario, que valia dos sestercios y medio, y tenia marcada en él la letra ó número V, porque valia cinco ases; el denario, cuyo peso justo era de una dracma, tenia por un lado la figura de Juno, y por otro la del bajel en que habia llegado Saturno á Italia, por cuya razon llamaban á estos denarios *rañiti*, y valia cada uno cuatro sestercios, y tenia marcada una X, porque valia diez ases: tambien habia otros denarios que tenian las figuras de Cástor y Pólux, ó una victoria llevada en un carro tirado por dos ó cuatro caballos, y se llamaban *bigati* ó *quadrigati*. El talento se usaba en varios pueblos de la antigüedad, en los cuales variaba su peso y valor, por cuya razon es dificultoso reducirle á nuestra moneda; no obstante puede decirse que los romanos conocieron tres clases de talentos de plata; el mas pequeño pesaba cincuenta libras; el mediano setenta y dos, y ciento veinte el mayor. Los historiadores hablan comunmente del talento ático, y lo distinguen en mayor y menor: el menor era de setenta libras ó minas, de doce onzas la libra, que hacen ocho mil setecientos cincuenta y cinco reales y cinco maravedises de vellon (437 pesos, 6 rs. plata); y el mayor de ochenta libras ó minas, que valen once mil seiscientos setenta y nueve reales con veinte y ocho maravedises (584 pesos); y siempre entendian el menor, cuando hablaban en general del talento. Pero segun el cómputo de Budeo, valia el primero cuatro mil reales (200 pesos), y cinco mil trescientos treinta y dos (poco mas de 266 pesos y medio) el segundo.

Los romanos conocieron tambien las monedas de oro: tuvieron el sueldo, que era de peso justo y entero, y valia veinte y cinco denarios; aunque despues se alteró su peso y valor. Y el talento, que era tambien mayor y menor: el menor valia ciento doce mil setecientos cincuenta y ocho reales y diez y ocho maravedises (poco ménos de 5638 pesos), y el mayor ciento cincuenta mil trescientos cuarenta y cinco reales (que son 7517 pesos, 2 rs. pta.). Pero Budeo solo refiere el de una clase, y valia segun él sesenta mil reales (3000 pesos).

derse la L. 5. §. *últ. ff. Pro soc.* 4º Por último tampoco es licita la sociedad leonina (1), nombre que se da al convenio por el cual uno estipula para sí toda la ganancia, y el otro se obliga á sufrir todos los daños, L. 29. §. 2. *ff. h. t.* Llámase *leonina* de la conocida fábula de Fedro, *lib. 4. fab. 5.*, en que el leon entabló con otros animales una sociedad de caza, y despues haciendo una graciosa reparticion, él se quedó con toda la presa, dejando chasqueados á sus socios.

§. CMXLVII y CMXLVIII. IV.º Ahora corresponde hablar de la obligacion de los socios, que principalmente se reduce á dos capítulos: 1º el socio presta al socio cierta diligencia en la cosa comun: 2º las ganancias y perjuicios se dividen entre los socios. Por lo que hace á la *primera* obligacion, se ha de notar acerca de ella, (a) que el socio está obligado en concreto á pagar la culpa leve al socio. Qué cosa sea culpa leve en concreto, ya queda dicho en el §. 788, y es cuando no se considera la diligencia que suele usar en negocios propios un padre de familias bueno y frugal, sino la que el socio emplea en las cosas propias. La razon que se da de esto vulgarmente, es que el mismo socio se suele escoger compañero, y por tanto debe contentarse con la industria de este. Pero esta razon no basta, porque el mismo derecho se observa en la comunion de cosa, L. 25. §. 16. *ff. Fam. ercis.*, en la cual sin embargo entramos contra nuestra voluntad, L. 31. L. 32. L. 37. *ff. Pro soc.* Luego mas bien debe decirse

(1) No puede llamarse sociedad leonina, cuando alguno ó algunos de los socios, por ser mas hábiles, ó estar mas instruidos en el manejo y direccion del negocio en que comercian, ó tener mayor trabajo, ó esponerse á mayores riesgos que los consocios, pactan que les toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida, no les dañe; tal pacto en estas circunstancias es válido, L. 4. *tít. 18. Part. 5.*

que la razon por que se exige menor diligencia, es porque el socio debe imputarse el no haberse apartado de la sociedad contraida con un hombre negligente. (b) Este contrato es famoso y por tanto se hace infame el que es condenado en virtud de una accion dolosa de sociedad, *L. 1. ff. De his qui not. infam.* En efecto los socios son como hermanos, *L. 63. ff. Pro soc.*; y ¿qué cosa mas torpe que el que un socio sea engañado por otro socio, y un hermano por un hermano? (c) El socio, á la manera de un hermano, debe al socio el beneficio de competencia, *L. 63. pr. ff. cod.*, es decir, que el socio, reconvenido y condenado, no presta mas que lo que puede pagar; de cuyo beneficio se hablará mas abajo en el §. 1499 y sig. La otra obligacion de los socios consiste en la igual division de las ganancias y los daños. Sobre esto debe observarse, (a) que en la sociedad universal no se requiere ninguna igualdad, *L. 73. pr. §. 1. ff. h. t.* Por eso, si los bienes de Ticio son cincuenta mil, los de Mevio doce mil, y aquel necesita todos los años para sustentar á su familia dos mil, y este tres mil, ninguno de ellos sin embargo puede quejarse de desigualdad, si una vez hubieren entablado sociedad universal. (b) En la sociedad singular debe observarse la igualdad. Hai disputas sobre si ha de ser la *geométrica*, de manera que la ganancia y el daño se distribuyan entre los socios á prorata, ó la *aritmética*, por la cual la ganancia y el daño se dividen por iguales partes. Nosotros esplicamos esto de la manera siguiente: (a) si se han espresado las partes en la sociedad entablada, se deben observar y tenerse presentes, aún cuando sean desiguales. Por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y aquel estipula para sí la mitad de la ganancia, este se llevará la otra mitad. Esta division valdrá, porque los pactos hacen lei en los contratos, *L. 29. §. 1. ff. h. t.* (b) Si nada se ha convenido, se guarda la pro-

porcion *geométrica*, es decir, que cuanto mas puso cada uno, mas ganancia y daño recibirá, *L. 6. L. 80. ff. eod.* Esta proporcion la suelen los aritméticos sacar por la regla que llaman *de sociedad*, v. gr. si Ticio puso diez y ocho mil, Mevio nueve mil, Sempronio tres mil, y con esta suma han ganado quince mil, esta ganancia se repartirá de suerte que Ticio reciba nueve mil, Mevio cuatro mil quinientos, y Sempronio mil y quinientos. (c) Si uno puso los fondos y otro la industria, este es participante de las ganancias segun las leyes del contrato; pero nada recibe del capital, cuando se disuelve la sociedad, porque nada puso que pueda reclamar como suyo.

§. CMXLIX y CML. Hemos dicho cómo se entabla la sociedad, y cuál sea la obligacion de los socios. Ahora se pregunta, V.º cómo se disuelve. Los modos con que esto se verifica son varios: el primero es la *muerte*, aunque no sea mas que de uno solo de los socios, §. 5. *Inst. h. t.* Y no importa que la muerte sea natural ó civil porque tanto los siervos como los deportados se reputan por muertos, *L. penúlt. ff. De R. J.* Y aún cuando entre los socios se conviniere que la sociedad pase á los herederos, este pacto sin embargo no vale, ni impide el que la sociedad se disuelva por muerte de uno de los socios, *L. 35. L. 59. ff. Pro soc.* Todo esto es peculiar de este contrato, y pende de que es mirado como odioso por temor de las discordias que ocasiona, y ademas de tal naturaleza que en él se elige y atiende á la industria de la persona. Otro modo de acabarse es el *mutuo disentimiento*; porque ¿qué cosa mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se ha unido? *L. 35. ff. De R. J.* Así pues, entablándose la sociedad por consentimiento, ¿por qué no ha de disolverse por disentimiento mutuo? *L. 63. §. últ. ff. h. t.* 3º El tercer modo es la *renuncia de uno*, lo cual aquí y en el mandato es singular, pues en estos con-

tratos el uno puede eximirse de la obligación contra la voluntad del otro. En el mandato se verifica esto así, por cuanto se elige la industria de la persona, y no existiendo esta, el mandante revoca el mandato; pero en la sociedad milita además otra razón, y es el ser origen de discordias. Por esto las leyes quisieron más bien dar libertad á cualquiera de los socios para renunciar á la sociedad, que permitir el que esta fuese un manantial de pleitos y disensiones. Mas ¿qué sucederá, si se conviniere que la sociedad dure hasta cierto tiempo ó para siempre? ¿Qué sucederá, si los socios renunciaren al derecho de que acabamos de hablar? Á pesar de todo esto podian los socios apartarse de la sociedad, segun su antojo, *L. 44. L. 70. ff. eod.* Solamente el dolo es el que no favorecen las leyes, y por tanto seria nula la renuncia, si uno de los socios renunciase fraudulenta é intempestivamente estando ausente el otro socio; por ejemplo, si el que entabló una sociedad universal, hace su renuncia, porque ve que está para tocarle una herencia, de la que no quiere participe el socio, §. 4. *Inst. h. t.* El cuarto modo es la *conclusion del negocio* para que se entabló la sociedad; por ejemplo, si se forma para comprar y vender trigo, en haciéndose esto, quedará concluída la sociedad. El quinto modo es el *tiempo* por el cual se entabló la sociedad, v. gr. una sociedad formada por cinco años, espirará pasados estos; lo cual no es de estrañar, cuando aún ántes de acabarse este tiempo, es lícito apartarse de ella. El sexto modo es la *cesion ó publicacion de bienes*. Ya sea pues que el socio, agobiado por las muchas deudas, ceda á los acreedores sus bienes; ó que por algun delito se le hayan confiscado, la sociedad espira, porque no queda nada en que puedan ser socios, *L. 63. §. 4. 2. ff. h. t.* Finalmente el último modo es la *destruccion de la cosa*, por la misma razon. Si pues dos comerciantes son socios en una tienda comun, y

esta se quema, cesará la sociedad, á no ser que de nuevo la entablaren, *L. 63. §. últ., ff. eod.*

§. CMLI y CMLII. VI. Falta hablar de la accion que nace de este contrato. Se llama *de sociedad (pro socio)*, porque de un contrato nominado debe resultar una accion del mismo nombre. Es por ambas partes directa, por cuanto el socio se obliga al socio desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; y porque se da á un socio contra el otro, para conseguir todo aquello que uno debe al otro por este contrato. Y ¿se dará tambien despues de concluída la sociedad para la reparticion de los bienes comunes? No por cierto, porque para esto hai la accion *de dividir lo comun, L. 4. ff. Comm. div.*, de que se hablará en el tit. 28. §. 983. (1)

(1) Nada habla Heineccio de la sociedad conyugal, porque no se conocia entre los romanos, y es especial en el reino de España, donde se introdujo en atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar entre otros mas que entre el marido y mujer legítimos.

Dicha compañía, establecida por las leyes de la *Novísima Recop.*, hace que se comuniquen por mitad los bienes que adquieren ambos cónyuges durante el matrimonio, *L. 4. y 5. título 9. lib. 5. y L. 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero real*; y se diferencia de las demas sociedades por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la lei. Fuera de esto, la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges ántes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aún de estos se exceptúan algunos. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que hubieron y poseyeron marido y mujer durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. Á mas de esto todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aún cuando fuese donacion que el rei les haya hecho á ambos, pero no si fué hecha á uno solo. Tiene lugar esta particion de bienes y ganancias, aún cuando el marido tenga mas bienes de patrimonio que la mujer, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieron los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. Asimismo las mejoras que

TÍTULO XXVII.

DEL MANDATO.

§. CMLIII y CMLIV. La última especie de contratos consensuales es el *mandato*, y acerca de él se explicará, 1.º qué cosa sea, §. 952 y 954; 2.º de cuántas maneras, §. 955-958; 3.º cuál es la naturaleza de este contrato,

se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó mujer al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el día que lo contrajeron, así industriales como naturales, que son los que el tiempo les hubiere dado, son comunicables entre marido y mujer, como bienes gananciales. Pero hai algunos casos, en que no se comunican á los casados todos ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El primero es en el divorcio, pues en este caso el que hubiese dado motivo á él, nada participará de las ganancias, Gómez en la *L. 50. de Toro, n. 72*. El segundo, cuando cometen delito de lesa majestad ú otro, por el que segun Derecho deben perderlos, ó se apartan de la Religión católica; pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputarán por gananciales todos los aumentos, hasta que por el crimen se declaren por perdidos, aunque este sea de tal calidad, que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete, *L. 6. tit. 26. Part. 7*. Mas si la mujer cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras, *tit. 2. lib. 3. del Fuero real, al fin, L. 23. tit. 11. Part. 4., L. 5. tit. 17. L. 6. tit. 25. Part. 7*. Lo mismo se deberá decir caso que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de alguno sospechoso, porque entónces se presume adúltera, *L. ult. tit. 2. lib. 3. del Fuero real*. El tercer caso es, cuando uno de los cónyuges adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el rei ú otro, ó por sucesion, testamento ó abintestado de sus parientes. El cuarto, cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquieren, ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos, de cualquier calidad que sean, se comunican entre los casados. El quinto, cuando el marido enajena, durante el matrimonio, algunos de los gananciales; lo

§. 959 y 960; 4.º cómo se acaba, §. 961; y 5.º qué acciones nacen de este contrato, §. 962-964.

1.º Qué cosa sea madanto lo manifiesta la definicion. Es un contrato consensual, por el cual uno se encarga de admi-

que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su mujer, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio hasta la muerte de su marido, *L. 5. tit. 9. lib. 5. Novísima*. Mas si por la enajenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se le comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido. El sexto, cuando la mujer vive deshonestamente estando viuda; pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido. El sétimo, cuando la mujer renuncia los gananciales ántes ó despues de haberse casado, *L. 9. del mismo tit.* El octavo, cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas de las ciudades, villas, lugares, casa: y heredamientos de su mayorazgo, pues la mujer, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de lo que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el noveno, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructíferas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma, por que se adquirió la propiedad, y se consolida con esta, y así no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge; pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican, y deben servir para ayudar á sobrellevar las cargas del matrimonio.

Puede tambien de algun modo pertenecer á esta sociedad que hai entre el marido y la mujer, lo que disponen varias leyes de la *Novísima*, pues arreglan el manejo de estos sócios. Lo primero, que la mujer no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca, sin beneficio de inventario. Segundo, que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi contrato, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito. Tercero, que pueda el marido dar licencia á su mujer para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, ó siguiéndose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere.

nistrar y dirigir gratuitamente un negocio honesto que otro le encomienda por la confianza que en él tiene (1). Decimos que es un contrato, si bien antiguamente no lo era, sino tansolo un negocio que se solia hacer entre amigos, sin que produjese obligacion perfecta unida con coaccion, sino imperfecta, por parecer que pecaba contra lo honesto y las leyes de la amistad el que frustraba la esperanza de su amigo. Observa esto Ger. Noodt en sus *Comment. ad Pandect. h. t. pág. 371. tom. 2.* de sus obras, y en el *lib. IV. cap. 12. §. 4. Probabil.*, el cual infiere de lo que dice Plauto, *Captio. act. II. scen. III. v. 32.* que antiguamente los amigos al hacerse un encargo, se daban su mano derecha. Por eso tambien en Plauto dice Tindaro estas palabras: *Hæc per dextram tuam te dextera retinens manu, obsecro, infidelior mihi ne fias, quam ego sum tibi.* Y así es que se llamó mandato de la palabra latina *mandatio*, segun S. Isidoro, *Orig. lib. IV. cap. 24.* Así sucedia en los tiempos antiguos; mas como despues empezase á notarse perfidia en los hombres, pareció conveniente á los romanos dar al mandato la naturaleza de los contratos, y conceder por él una accion particular. Decimos ademas que es un contrato *consensual*, porque se requiere verdadero consentimiento por ambas partes. Por esto si uno toma sobre sí correr con los negocios de otro que lo ignora, no será esto mandato, sino una *agencia de negocios*; será no un verdadero, sino un cuasi contrato. Decimos, *por el cual uno se encarga de administrar y dirigir un negocio honesto que otro le confia*, porque si el negocio no se nos encarga por confianza, sino por orden de alguno, en cuya potestad estamos, no es esto mandato,

(1) Las leyes españolas declaran inhábiles para aceptar mandatos judiciales á los menores de 18 años, y para los estrajudiciales á las mujeres, los religiosos, los clérigos, los menores de 25 años, los locos, los dementes, los mudos, los sordos, los encausados y los militares.

sino *precepto*. Si no se encarga una cosa, sino que tratamos de persuadirla á otro, dejándole facultad para que la haga ó deje de hacerla, esto será *consejo*. Si no se trata del negocio de otro, sino del de un tercero, es *recomendacion*; y en ninguno de estos dos casos existe obligacion ninguna. Por último añadimos *gratuitamente*, porque si nos encargamos de un negocio ajeno por cierta merced, será *locacion*; y si por otra cosa ó hecho, será el contrato, *hago para que des, ó hago para que hagas*: cosas todas fáciles de distinguir del mandato.

§. CMLV — CMLVIII. II.º Hasta aquí hemos explicado qué cosa es mandato; ahora veremos de cuántas maneras sea. Tiene muchas divisiones: 1.ª uno es *espreso*, que se hace con palabras ya habladas, ya escritas; y otro *tácito*, que se contrae con un hecho, del cual puede inferirse que hai consentimiento. Por ejemplo si uno ve á otro dirigir sus negocios, y calla y lo consiente, parece que aquí média mandato, *L. 6. §. 2. ff. Mand.* Podemos añadir otro tercer mandato, á saber, el *presunto*, que es el que se colige del parentesco ó de la amistad. Si v. gr. el marido desempeña negocios de su mujer, aunque no presente mandato, se presume no obstante que lo tiene; pero en este caso siempre exige el Derecho una caucion de que la cosa se tendrá por valedera, *L. 35. pr. L. 40. ult. ff. Mand.* 2.ª Hai mandato *general*, por el que se encomiendan á otro todos los negocios ó bienes; y *especial*, por el que se confia cierto negocio particular. 3.ª Es *judicial* aquel por el que se encargan negocios judiciales, y *extra-judicial* el que versa sobre negocios domésticos y estrajudiciales. 4.ª Llámase *puro*, v. gr., cuando se dice: haz este negocio; y *para cierto dia (in diem)*, cuando se dice, por ejemplo, te encargo este negocio, si te hicieres doctor en leyes. 5.ª El mandato es ademas *en cosa suya, ó en cosa ajena*. El primero es, si alguno se encarga de un negocio

ajeno, pero de suerte que perciba de él toda la utilidad; el segundo, si uno toma sobre sí un negocio ajeno, para utilidad ajena. El segundo es el que se hace ordinariamente; el primero se verifica por cesion, pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam me debe mil, y yo cedo esta suma á mi hermano, en este caso mi hermano obra contra el comerciante como mandatario mio, porque á él nada se le debe. Mas por cuanto si sale victorioso, adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya, *L. 33. §. 5. L. 36. ff. De procur.*

§. CMLIX y CMLX. III.º Ahora exige ya el orden, que tratemos de la naturaleza del mandato, y de lo que dispone el Derecho acerca de él. Lo manifestaremos brevemente por medio de siete conclusiones derivadas de la definicion; á saber, 1ª el mandato se contrae con solo el consentimiento de ambos, por ser contrato consensual. Pero añadimos dos cosas; la una es, que en juicio suele exigirse mandato por escrito (1); pero esto no es sino por causa de prueba, para que conste al juez y al contrario que es verdadero procurador; por lo cual esta escritura no pertenece á la sustancia del contrato. La otra es, que la ratificacion se tiene por consentimiento, pues se retrotrae al principio del negocio, *L. 30. ff. Mand.* 2ª No se puede mandar una cosa ilícita, ni de semejante contrato resulta obligacion, §. 7. *Inst. h. t.* De aquí es que si uno manda á un asesino que mate á Mevio, el asesino, aunque se encargase de este mandato, no por eso queda obligado

(1) El poder que se da al procurador, ha de ser amplio y general, con calidad de sustitucion, aunque para varias cosas se requiere poder especial, segun se manifestará en el tratado de juicios. En los tribunales es necesario bastantearlo por el letrado que suscribe los recursos, y que lleve ademas el sello de haberlo verificado.

por él. Decimos que de este contrato no nace obligacion ninguna, aunque por el delito quedan responsables ambos al castigo. 3ª El mandato no admite merced sino solo honorario, cuya diferencia de la merced hemos explicado arriba en el §. 800. Por eso los procuradores judiciales son mandatarios, aunque no acostumbren hacer nada de balde. Y esto es comun á todos los contratos gratuitos, como el comodato, depósito, mandato y gestion de negocios. 4ª El mandatario que traspasa los fines del mandato, nada hace, *L. 5. ff. h. t.*; por lo cual, si los traspasa, ni siquiera tiene la accion de la gestion de negocios, *L. 41. ff. eod.* Esto sin embargo no impide el que pueda valerse de otra persona, para cumplirlo ó hacer lo equivalente de lo que se le habia encomendado, *L. 8. §. 3. L. 46. L. 62. §. ult. ff. h. t.* 5ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, porque el que manda, elige la industria de la persona, cuya confianza quizá no pondrá en la destreza del sustituto del mandatario. Otra cuestion es, si en caso de sustituir el mandatario y desempeñar bien la cosa el sustituto, está obligado el mandante á dar su aprobacion. Sin duda debe ser así, por cuanto el mandante ha logrado su fin, *L. 8. §. 3. ff. eod.* 6ª El mandatario está obligado á la culpa levisima; y la razon de esto la hemos dado arriba en el §. 788. *av. 3. 7a* Tambien este contrato es famoso, y por tanto se hace infame el mandatario que es condenado por dolo; porque ¿qué cosa mas torpe que burlar la esperanza de un amigo? *Cic. pro S. Rosc. c. 38*; y aún tiene este contrato algo de singular sobre este punto, porque siendo así que en otros casos solamente son notados de infamia los que salen condenados por la accion directa que nace del contrario, *L. 1. ff. De his qui not. inf.*, aquí tambien el reconvenido, por la accion contraria del mandato, se hace infame; por ejemplo, si el que manda á otro que afianze, le niega despues dolosamente la in-

Jemnizacion; sobre cuyo caso puede verse la *L. 6. §. 5 ff. De his qui not. infam.*

§. CMLXI. IV.º Los modos de acabarse el mandato fácilmente se infieren de su naturaleza misma. Acábase 4º por *mutuo disentimiento*; porque nada hai tan natural como que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, *L. 35. ff. De R. J. 2º* Se concluye por *revocacion del mandante* (1), con tal que se haga estando íntegro el negocio, §. 9. *Inst. h. t.* Y aún estando principiado el negocio, puede haber tambien lugar á la revocacion; pero ha de quedar indemne el mandatario. La razon de esto se ha dado en el título anterior, §. 950. Se acaba 3º por la *renuncia* no intempestiva del mandatario; porque asi como el mandante tiene libertad de revocar el mandato, así tambien el mandatario puede renunciarlo libremente, con tal que lo haga con oportunidad, §. 11. *Inst. h. t.* Efectivamente, si por ejemplo, un procurador mio en Alemania,

(1) Aunque el mandante puede revocar el poder sin causa alguna ántes de comenzarse, y aún despues de comenzado el negocio, con todo en el caso de que la parte contraria ó el mandatario lo contradiga, reputándose inflamado por la revocacion, no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que señala la *L. 24. tit. 5. Partida 3.* Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria en la práctica, se hace la revocacion, diciendo: « que se revoca el poder dado á fulano, dejándole en su buena opinion y fama; » con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas.

Á los procuradores ó mandatarios para pleitos se les acaba el poder, tanto por muerte del mandatario como del mandante, siempre que la muerte acontece ántes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder ántes que muera el poderdante, y la demanda está contestada, no espira su poder, y puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado, *L. 23. tit. 5. Part. 3.* De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda, se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie.

habiénd' recaído una sentencia contraria, renunciase el mandato, y esto motivase el ser yo excluido de la apelacion, esta renuncia seria intempestiva. Conclúyese 4º por *muerte de los contratyentes*, pues eligiéndose la industria de la persona, no puede el mandato pasar á los herederos; y ademas, estableciéndose el mandato en virtud de amistad, muchas veces sucederia que el heredero del mandante no fuese tan amigo mio como el difunto: la muerte todo lo disuelve.

§. CMLXII, CMLXIII y CMLIV. V.º Falta que esplicquemos la accion que se deriva de este contrato. Por ser este bilateral son dos las acciones, §. 782, pues el mandatario se obliga desde el principio por la naturaleza misma del contrato, y el mandante se obliga por el resultado, cuando el mandatario hizo algunos gastos ó sufrió algunos perjuicios. La una de estas acciones es *directa*, la otra *contraria*, §. 782. Finalmente por razon de ser este contrato nominado, es preciso que la accion que de él resulta, sea del mismo nombre, y por eso se llama *accion de mandato directa y contraria*. Por aquella obra el mandante contra el mandatario, para que se concluya y desempeñe el negocio, se den cuentas, se entregue la cosa adquirida por el mandato, se presten los daños, en una palabra, para todo aquello á que el mandatario está obligado por el contrato. Por esta obra el mandatario contra el mandante, para obtener indemnizacion, puesto que la naturaleza de todas las acciones contrarias se dirige á conseguirla, §. 782.

TÍTULO XXVIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE RESULTAN DE LOS CUASI
CONTRATOS

§ CMLXV y CMLXVI. Llevamos esplicados todos los contratos *verdaderos nominados*, tanto los reales, tit. 45. como los verbales, tit. 46 al 47. Ahora debieran seguir los *inominados*, *doi para que des*, *doi para que hagas*, *hago para que des*, *hago para que hagas*; pero los ha omitido Justiniano. Habiendo pues hasta aquí tratado de los verdaderos contratos, siguen los *cuasi contratos*; y los definimos de esta manera: *cuasi contratos son unos hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres, aún ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad*. Decimos *unos hechos honestos*, porque en cuanto á las cosas torpes no hai ninguna obligacion, segun dijimos en el titulo anterior §. 953. Añadimos que la obligacion nace *de un consentimiento presumido ó fingido*, porque la diferencia que arriba en el §. 768. hemos señalado entre los verdaderos y los cuasi contratos, es el que aquellos nacen de un consentimiento verdadero, y estos de uno fingido ó presunto. Mas por cuanto la lei nada puede fingir sin fundamento (porque ¿quién podria tolerar á un legislador que fingiese que sus súbditos habian cometido un hurto, no habiéndolo cometido en realidad?) se pregunta, cuáles son estos fundamentos? La *equidad* y la *utilidad*.

§. CMLXVII. Espondremos pues algunas reglas, por las que aparezca, cuándo las leyes pueden fingir ó presumir que uno ha consentido. 1º *Se presume que todos*

consienten aquello en que les trae utilidad. Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor para la indemnizacion, aunque sea infante, y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 2º *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro*. Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor para la indemnizacion, aunque sea infante, y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 2º *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro*. Por este fundamento está obligado á la restitucion aquel, á quien por error se pagó lo que no se le debia. Estas son las principales reglas. Pero en nuestras *Pandectas*, P. I. §. 362. añadimos, 3º *El que quiere lo que antecede, no puede dejar de querer lo que se sigue*. Por esta razon se obliga el marinero, tabernero y posadero, en el caso de haber recibido cosas mias, á prestar el daño causado en ellas.

§. CMLXVIII. Con estas premisas sobre la naturaleza de los cuasi contratos, pasaremos ahora á tratar de ellos; y aunque son muchos, aquí sin embargo no hablaremos mas que de seis: 1º *gestion ó agencia de negocios*, §. 969-974; 2º *la tutela*, §. 975-979; 3º *comunion de herencia*, y 4º *comunion de cosas*, §. 980-984; 5º *adicion de herencia*, §. 985 y 986; y 6º *paga de lo indebido*, §. 987-992. Tales son las partes de este titulo: vamos ahora á hablar de cada una de ellas.

§. CMLXIX. 1º El primer cuasi contrato es la *gestion ó agencia de negocios*, acerca de la cual se pregunta, 1º *qué cosa sea*, §. 969; 2º *qué obligacion mutua nace de él*, §. 970 y 974; y 3º *qué acciones produce*, §. 972-974.

1º *Qué cosa sea gestion de negocios*, lo manifiesta la definicion: *es un cuasi contrato, por el que uno se encarga de manejar útil, espontánea y gratuitamente los negocios extrajudiciales de otro que lo ignora*. Esta definicion es preciso entenderla bien. Decimos que es un *cuasi contrato*,

porque si hubiese un verdadero consentimiento de parte de ambos, el que desempeña los negocios ajenos, no sería agente de negocios, sino *mandatario* ó *procurador*. Decimos además, *los negocios de otro que lo ignora*, porque si este lo sabe y lo consiente, es un mandato tácito, del cual se ha tratado arriba en el §. 955: si lo prohíbe, no resulta ninguna obligación. Añadimos, que los negocios han de ser *estrajudiciales*, pues si uno toma sobre sí el negocio judicial de un ausente, se llamará *defensor*, no agente de negocios. Y esta es la razón por que también una mujer puede encargarse de negocios ajenos, L. 3. §. 4. ff. *Neg. gest.*, sin embargo de que no puede pedir por otro en juicio, L. 1. ff. *De postul.*; y también por qué hasta el pupilo se obliga al ausente que administra los negocios de aquel, L. 3. §. 4. ff. *Neg. gest.* Por lo cual todo se reduce á que se haya promovido la utilidad de uno que esté ausente y lo ignore, por cuanto se considera que cualquiera consiente en lo que le trae utilidad, §. 967, ya sea mujer, ya pupilo quien la promueva. Por último decimos en la definición, *espontánea y gratuita*, porque de otra manera no sería negocio de ninguna clase: no *locacion*, ni el contrato *doi para que des*, por no haber el otro consentido en ninguna merced, ni en dar nada; ni tampoco sería *agencia de negocios*, porque este contrato es gratuito.

§. CMLXX y CMLXXI. 2º De este cuasi contrato nace una mutua y recíproca obligación entre el agente de negocios y los ausentes; y de ella vamos á tratar ahora.

(a) Á tres puntos reduciremos la obligación de un agente de negocios: (a) este debe dirigir y manejar los negocios útilmente, porque en tanto obliga al ausente, en cuanto le proporciona utilidad, L. 10, § 4. ff. *h. t.* Así es que si solo para objetos de recreo hiciese gastos en la cosa del ausente, no tendrá la acción de los negocios

hechos, de la misma manera que si tomase sobre sí un negocio ajeno por lucro y comodidad propia, L. 25. L. 27. L. 6. §. 3. ff. *h. t.* Pero si llegase á producir utilidad al ausente, estará este obligado, aunque después se interrumpa esta utilidad, L. 10. §. 4. ff. *h. t.* (b) El agente de negocios por lo regular está obligado á la culpa *levísima*, L. 23. ff. *De R. J.* La razón es, porque se ha ofrecido espontáneamente, §. 788. Digo *por lo regular*, porque algunas veces tan solo está obligado á la *leve*, á saber, si administró una cosa común, ignorándolo el otro, L. 40. ff. *De neg. gest.* Á veces solamente presta la culpa *lata*, esto es, cuando por necesidad ha tomado por su cuenta una cosa peligrosa, v. gr. para reparar casas que estén amenazando ruina, L. 3. §. 9. ff. *cod.* Hai ocasiones en que sufre el *caso fortuito*, por ejemplo, si emprendió sin necesidad una cosa llena de riesgos, contra lo que solía hacer el ausente, v. gr. si uno con el dinero de un ausente hace una nave y la carga, y después perece en un naufragio, siendo así que el ausente nunca se había dedicado al comercio marítimo, L. 41. ff. L. 20. C. *De neg. gest.* (c) El agente de negocios está obligado á dar cuentas (1) y restituir lo sobrante con intereses. La cosa es clara, pues el que administra cosas ajenas, tiene obligación de dar cuentas de la administración que ha tenido á su cargo. Pero hai de particular que el agente de negocios, que usa

(1) El agente de negocios, aunque esté obligado á dar cuentas, no lo está á pagar un interés del dinero que se le remitió para las agencias, á no ser que reconvenido no lo entregase, ó que tomadas y finiquitadas las cuentas lo retuviese más tiempo; en cuyos casos pagará el interés regular que se acostumbra á estilo de comercio, y no el doce por ciento que prescribe el Derecho romano. Por Derecho español todo administrador debe prestar la culpa leve, pero la L. 34. *tit.* 12. *Part.* 5. establece que preste la culpa *levísima* el que se encarga de la administración de los bienes de un ausente, cuando los quería tomar otro muy cuidadoso.

del dinero de un ausente, debe un interes de doce por ciento, segun la *L. 38. ff. h. t.* Las leyes no favorecen á los que se entrometen en negocios ajenos.

(b) La obligacion del ausente se reduce á cinco puntos: (a) el agente de negocios obliga hasta al ignorante, y aún al que todavía no existe en la naturaleza de las cosas, es decir, al que aún no ha nacido, *L. 29. ff. h. t.*, y muchas (b) al furioso, *L. 2. §. 5. ff. De neg. gest.*; y (c) á aquel, sobre cuya persona se ha errado, por ejemplo, si creyendo desempeñar los negocios de Ticio, se desempeñasen los negocios de otro que tambien se llamase Ticio, *L. 5. §. 1. ff. eod.* Porque no requiriéndose aquí un verdadero consentimiento, y bastando que se haya promovido la utilidad de otro, no debe dudarse que tambien puede promoverse la utilidad del que no tiene noticia, la del furioso, y del que todavía no ha nacido. (d) No cesa la obligacion del ausente, porque la utilidad se haya casualmente interceptado, *L. 40. §. 1. L. 42. §. 2. ff. eod.* Así es que si, por ejemplo, reparé la casa de alguno, este me debe la indemnizacion, aún cuando despues pereciera por incendio la casa; la razon es porque en los contratos nadie paga el caso fortuito, §. 785. (e) El ausente está obligado al agente de negocios á la indemnizacion, *L. 3. L. 27. ff. eod.* El fundamento de esto está en la regla segunda §. 967: *de nadie se presume que quiera enriquecerse con perjuicio de otro.*

§. CMLXXII — CMLXXIV. 3º Resta hablar de las acciones que nacen de este cuasi contrato. Llámanse acciones de *agencia de negocios*, y de ellas una es *directa* y otra *contraria*. Aquella, á saber, la directa, se da al ausente contra el agente de negocios, para que dé cuentas, resarza los daños, restituya lo sobrante, y en fin haga todo aquello á que dijimos estar obligado un agente de negocios, §. 970. Esta, es decir, la *contraria*, compete al agente

de negocios contra el ausente, para cobrarse los gastos necesarios y útiles; *L. 2. L. 27. L. 43. ff. h. t.*, y para obtener el interes del dinero que pagó por el ausente, *L. 49. §. 4. ff. L. 18. C. h. t.* •

§. CMLXXV. II.º Otro de los cuasi contratos es la *tutela*; aunque esta puede considerarse de diversos modos, respecto de la república, es un cargo público; respecto del pupilo, es una cualidad de los hombres *de su derecho*; como que entre estos unos están bajo tutela, otros bajo curaduría, y otros no están ligados por ninguno de estos derechos, §. 201. Finalmente, si consideramos la obligacion entre el tutor y el pupilo, dimana de un cuasi contrato, pues aunque el pupilo no puede obligarse directamente ni consentir, sin embargo se presume que ha consentido por la regla espuesta en el §. 676: *se se supone que cualquiera consiente en aquello que le trae utilidad.*

§. CMLXXVI — CMLXXIX. La accion que nace de este cuasi contrato, es la accion *de la tutela*, que tambien es directa y *contraria*. Por aquella obra en juicio el pupilo concluida á tutela; por esta el tutor: aquel para que se den cuentas y se resarzan los daños; este para la indemnizacion. Esto puede bastar, si se añade, 1º que estas acciones, cuando se entablan por un menor contra un curador, ó por un curador contra un menor, se llaman *útiles*; porque las acciones que no se derivan de las palabras de la lei, sino de la interpretacion de los juriconsultos, llevan este nombre de útiles. 2º Que estas acciones no se deben confundir con la accion *de los tutores sospechosos*, ni con la accion *de las cuentas fraudulentas*. La accion *de la tutela* viene de un cuasi contrato; las otras dos de delito. La accion *de la tutela* se da concluida la tutela; la *de los tutores sospechosos* durante la tutela; la *de las cuentas fraudulentas* dadas ya las cuentas, en

caso de que el tutor haya sustraído algo. La accion de la tutela compete, para que se den las cuentas; la de los tutores sospechosos, para la remocion del tutor que no ha obrado con fidelidad; la de las cuentas fraudulentas, para conseguir el duplo de lo que se ha sustraído. Todas estas acciones son infamantes, si aparece el dolo del tutor, y es condenado por ello.

§. CMLXXX — CMLXXXIII. III.º y IV.º El tercer cuasi contrato es la comunion de herencia, y el cuarto la comunion de cosas, segun Justiniano, §. 3. 4. *Inst. h. t.* Pero propriamente hablando la comunion de herencia y de cosas es un derecho en la cosa, á saber, un derecho comun hereditario, ó un dominio comun. Mas la administracion de una herencia ó de una cosa comun es un cuasi contrato, porque del que administra, se presume que consiente en dar cuentas, por quanto el que quiere lo antecedente, se supone que quiere tambien lo consiguiente; y se finge que aquel, cuya herencia ó cosa es administrada, ha consentido en prestar la indemnizacion, puesto que nadie debe querer hacerse mas rico con perjuicio de otro. §. 967. 2. De la administracion de la herencia comun nace la accion de dividir la herencia (*familiæ erciscundæ*); frase tomada de las XII Tablas, donde decia: *nomina erecta cita sunt. Erectus* significa todo, íntegro, indiviso; *ciere* significa dividir; y de aquí nació el compuesto *erciscere*, esto es, dividir el todo. Y como la palabra *familia* en las mismas XII Tablas significa herencia, toda la frase *familiam erciscere*, que tan ridícula ha parecido á Salmasio, forma un sentido perfecto, y quiere decir tanto como dividir toda la herencia, ó la herencia indivisa. Esta accion se da al coheredero, para dividir la herencia comun, y para la restitution de los gastos y perjuicios. De esto se infiere 1º que esta accion se diferencia de la petieion de herencia, en que esta no se entabla contra el coheredero, sino con-

tra el que posee como heredero ó poseedor; y no para dividir la herencia, sino para restituirla. 2º Que esta accion es mista, porque siempre que pido una porcion de mi herencia, lo hago en virtud de un derecho en la cosa; mas cuando trato de exigir las prestaciones personales, esto lo hago en virtud del cuasi contrato poco ántes descrito, y por eso esta accion es personal, por mas que rehuse concederlo Westembergíó.

§. CMLXXXIV. Vamos á esponer en pocas reglas de qué modo se verifica la division de herencia. 1ª Las deudas se dividen *ipso jure*, y por tanto no necesitan de division. Si pues debió el difunto treinta mil, y son tres los herederos, *ipso jure* puede cada uno de ellos ser reconvenido por diez mil. Y si al difunto debió alguno seis mil, y son tres los herederos, *ipso jure* cada uno de ellos tiene accion á dos mil, *L. 2. §. ult, L. 4. pr. ff. L. 6. C. Famt. erciscundæ*. 2ª Las cosas de uso prohibido no se dividen, por ejemplo los venenos, libros prohibidos, etc.; pero sobre este punto debe el juez proceder con mucho pulso, *L. 4. §. 1. 2. ff. eod.* 3ª. Los instrumentos comunes, el archivo, diplomas, escrituras, etc. no se dividen, sino que se depositan en poder del que tiene la mayor parte de la herencia, ó del de mayor edad, ó en algun edificio ú oficina, dándose á cada uno una copia, *L. 3. ff. eod.* 4ª Cuando la cosa no puede dividirse fácilmente, el juez la adjudica toda á uno solo, obligándole á que dé á los demas la correspondiente parte del precio, §. 4. *Inst. De off. jud.* Así se verifica la accion de dividir la herencia; todo lo cual tiene tambien lugar en el juicio de dividir lo comun; por lo que nos contentaremos con explicar la diferencia que média entre estas dos acciones. 1º La accion de de dividir la herencia es universal; la accion de dividir lo comun es singular. 2º Aquella nace de la administracion de una herencia comun; esta de la administra-

cion de una cosa comun, v. gr. un predio. 3.º Aquella se da contra un echeredero; esta contra un condueño. Conviene sin embargo en ser mistas ambas acciones, en ser dobles, y en que ambos pueden hacer el papel de actor y reo, y por último en que por ambas uno pide al otro la satisfaccion del daño causado por culpa leve en concreto, *L. 25. §. 16. ff. Famil. ercisc.* La razon de esto queda dada en el §. 947.

§. CMLXXXV y CMLXXXVI. V.º El quinto cuasi contrato es la *adicion de la herencia*. Como se haga esta, ya lo hemos dicho en el libro anterior, §. 592. Aquí debe notarse que el heredero, que admite una herencia que se le ha dejado, cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que queda obligado respecto de estos á pagar los legados y fideicomisos, §. 3. *Institut. h. t.* Decimos que el que admite, se obliga á los legatarios y fideicomisarios; y ¿á los acreedores no se obliga tambien? No por cierto, porque á estos está obligado el heredero por el contrato hecho con el difunto. Si pues este debió ciento por razon de mutuo, se entablará contra el heredero la accion *de mutuo*; pero si debe por estipulacion, se obrará por medio de la accion *de estipulacion*, no en virtud de un cuasi contrato, porque al heredero se trasladan todos los derechos del difunto, *L. 2. §. 2. ff. De V. S. L. 59. ff. De R. J.* Siendo así pues que la adicion de una herencia es un cuasi contrato, examinemos qué accion nacerá de él. Se llama *accion personal de testamento*, y se da á los legatarios, fideicomisarios, y á cualesquiera á quienes se deba algo por testamento, contra el heredero que acepta (porque ántes de la adicion no es heredero un extraño, sino que solo se debe considerar como heredero el que pertenezca á la clase de los que llamamos suyos y necesarios), para que pague los legados, fideicomisos y todo lo demas que se haya dejado en el testamento, con todos

los frutos é intereses debidos desde el tiempo de la demora, §. 5. *Inst. h. t.* De paso notaremos, que aunque por otros respectos la adicion y la gestion de heredero sean diferentes, §. 92., aquí sin embargo, por lo que toca á esta accion, no média diferencia ninguna, y es igual el que uno se haga heredero aceptando la herencia, ú obrando como tal.

§. CMLXXXVII. VI.º El último cuasi contrato de que se habla en la Instituta, es la *paga de lo indebido*; de la cual hablaremos con alguna estension en lo que resta de este título. Se pregunta pues, 1.º qué cosa sea paga de lo indebido? §. 987; 2.º cuándo se puede repetir ó reclamar? §. 988-990; y 3.º con qué accion? §. 991 y sig.

1.º La paga de lo indebido es un cuasi contrato, por el cual uno, que por error de hecho paga lo que naturalmente no debe, obliga al otro que lo recibió por ignorancia, á que lo restituya. Decimos en esta definicion que es un cuasi contrato, porque á la verdad, segun observa elegantemente Justiniano, §. 6. *Inst. h. t.*, el que por error paga lo que no debe, no trata de entablar, sino de deshacer un negocio. Y sin embargo, siendo injusto que uno se quiera enriquecer con perjuicio de otro, §. 967. 2., el que recibe, está obligado á restituir del mismo modo que si hubiese recibido el dinero prestado, §. 4. *Inst. Quibus mod. re contr. oblig.* Las demas palabras de la definicion manifiestan cuándo hai lugar á que se repita lo indebido, lo cual explicaremos claramente en los siguientes parágrafos.

§. CMLXXXVIII — CMXC. 2.º Si preguntamos pues cuándo hai lugar á repetirse lo indebido (1), se dirá, que

(1) En España no tiene lugar la restitucion de lo pagado indebidamente, si el pago se hizo á título de transaccion, de dote ó de arras, sin limitarse al caso en que sea la madre la que pague, *L. 35. tit. 14. Part. 5.*

se requiere (a) en el que paga, ignorancia; (b) en aquello que se paga, que no sea debido; (c) en el que recibe, se necesita asimismo ignorancia.

(a) En el que paga se requiere ignorancia. Porque del que sabiendo que no debe, paga, se cree que da, *L. 1. §. 1. ff. De condict. indeb.* Pero la ignorancia es de dos modos, *del Derecho y del hecho*. El que por ignorancia del Derecho paga, nada puede repetir, como no sea menor, mujer ó militar, á los cuales no daña ignorar el Derecho, *L. 10. C. L. 9. pr. ff. De jur. et fact. ignor.*; mas el que paga por ignorancia del hecho, tiene derecho á la repetición, porque un hecho puede engañar al mas avisado. Por ejemplo, un heredero ignoró la lei falcidia y pagó todos los legados sin quitar la cuarta; ahora pues, si intenta reclamar lo que pagó mas de lo justo, será oído? No por cierto, porque erró en el Derecho: hubiera debido consultar á personas inteligentes. Por el contrario yo, v. gr. quise pagar á Ticio; y como hubiese dos de este nombre en la ciudad, pagué á aquel á quien nada debía: preguntase, si yo podré reclamar? Se afirma, segun la *L. 65. §. últ. ff. De condict. indeb.*, y con razon, puesto que erré en un hecho, no en el Derecho. (b) Se requiere que *no se deba* lo que se paga. Lo indebido es de dos maneras, (a) ó porque, aunque se deba naturalmente, no se debe por Derecho civil; por ejemplo, si pagué lo que tenia prometido por un pacto simple, esto se debía natural, no civilmente. (b) Ó porque se debía civil, mas no naturalmente; v. gr. si pagué lo que habia prometido por miedo, esto lo debía yo civilmente, pero no segun la equidad natural. (c) Ó porque ni média obligacion natural ni civil, por ejemplo, si pago por error como prestado á quien nada debo. En el primer caso no puedo repetir lo que he pagado, en los dos últimos se concede la reclamacion: v. gr. si un hijo de familia vuelve el dinero que se le habia prestado,

pudiendo oponer la escepcion del senadoconsulto macedoniano, ¿ tendrá derecho á repetir? No lo tendrá por la *L. 40. ff. De cond. indeb. L. 10. ff. ad SC. macedon.*, porque debe naturalmente. Si por el contrario pagó una deuda del padre, por creer que aún no estaba estinguida, y despues halló el recibo, podrá repetir? Sí que podrá, por cuanto no debió natural ni civilmente. (c) En el que recibe se requiere tambien ignorancia; pues si supo que nada se le debía, y sin embargo recibió, es un ladron, y habrá contra él la *accion de hurto*, para recobrar aquel dinero, *L. 18. ff. De cond. furt.* No obstante no se dará fácilmente contra él *accion de hurto* en el duplo ó cuádruplo, por ser infamatoria esta accion, y no deberse mancillar temerariamente la reputacion de los hombres.

§. CMXCI y CMXCII. Falta esplicar por qué accion se repite lo indebido. Llámase *accion de lo indebido (condictio indebiti)*, y se da al que por error de hecho pagó lo que naturalmente no debía, contra el que recibió por error é ignorancia, y contra su heredero, para que restituya lo pagado con sus frutos y agregados. De aquí inferimos, (a) que solo el que recibe, es el obligado, y por lo mismo este contrato es unilateral, y por consiguiente de estricto derecho, §. 781. (b) Que por esta accion no se pueden pedir intereses, porque estos no se deben por los contratos de estricto derecho, á no ser que espresamente se hayan prometido, §. 781. *L. 1. C. De cond. indeb.* (c) Que esta accion no debe confundirse con otras acciones, á saber, las de *causa dada, causa no seguida, por causa torpe y sin causa*. La diferencia es clara: ó he dado yo por una causa pasada, ó por una futura: si fué por una causa pasada, entablo la condiccion de lo *indebido*; mas si fuera por una futura, entónces, ó esta causa fué *honestá*, ó por parte del que recibe, *torpe*. Si lo primero, tiene lugar la *accion de causa dada, causa no seguida*; por ejemplo, si una mujer

diese la dote, y luego no se verificase el matrimonio. Si por último, puedo usar de la acción *por causa turpe*; v. gr. si di á un ladrón dinero, para que no me matase. Finalmente si otro posee una cosa mía sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas acciones, para este caso hai la acción *in causa*; por ejemplo, si otro posee mi recibo, habiendo yo pagado. Por lo cual esta última acción viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas acciones se trata latamente en las Pandectas, libros XII y XIII.

TÍTULO XXIX

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR UNA OBLIGACION.

§. CMXCIII y CMXCIV. Todo este título es casi superfluo, porque arriba en el libro II hemos explicado el título 9, cuya rúbrica es: *Por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos tambien adquirir una obligacion. En dicho tít. 8 hemos dado la regla de que cualesquiera personas que estén bajo nuestra potestad, ya señorial, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos tambien adquirir una obligacion. Por ejemplo, si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero un tercero que sea extraño, ninguna obligacion puede adquirir para mí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.* Así es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Aquí debe ademas observarse una regla que en el tít. 9 del lib. II no hemos supuesto, á saber, que la condicion existente se retrotrae

al principio, si yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, L. 11. §. 1. ff. *Qui pot. in pign.* Esto quiere decir, que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple despues, v. gr. á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo, dice un hijo: me darás mil, si me hiciere doctor? Poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradúa de doctor. Pregúntase aquí, ¿para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por cuanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, L. 78. ff. *De V. O.* Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observámos en el escolio del §. 993.

TÍTULO XXX.

DE QUÉ MODOS SE ESTINGUE LA OBLIGACION.

§. CMXCV — CMXCVII. Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas por cuanto no solo conviene saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven, falta ahora esponer esta doctrina estensamente en el último capítulo de este libro.

Preliminarmente haremos algunas divisiones. Toda obligacion se estingue, ó *ipso jure*, ó *por medio de escepcion*. Se dice que la obligacion se estingue *ipso jure*, cuando el modo de disolverse la obligacion tiene efecto desde el tiempo en que empieza á existir, aún cuando no se haya todavia opuesto ninguna escepcion. Por ejemplo, en el año de 1723 comencé á deber á Ticio ciento; en el año de 1724 él empezó á deberme á mí ciento; si Ticio procede contra mí, para que se le pague la deuda, yo digo que esta deuda ha desaparecido por compensacion. Reco-

diese la dote, y luego no se verificase el matrimonio. Si por último, puedo usar de la acción *por causa turpe*; v. gr. si di á un ladrón dinero, para que no me matase. Finalmente si otro posee una cosa mía sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas acciones, para este caso hai la acción *in causa*; por ejemplo, si otro posee mi recibo, habiendo yo pagado. Por lo cual esta última acción viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas acciones se trata latamente en las Pandectas, libros XII y XIII.

TÍTULO XXIX

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR UNA OBLIGACION.

§. CMXCIII y CMXCIV. Todo este título es casi superfluo, porque arriba en el libro II hemos explicado el título 9, cuya rúbrica es: *Por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos tambien adquirir una obligacion. En dicho tit. 8 hemos dado la regla de que cualesquiera personas que estén bajo nuestra potestad, ya señorial, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos tambien adquirir una obligacion. Por ejemplo, si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero un tercero que sea extraño, ninguna obligacion puede adquirir para mí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.* Así es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Aquí debe ademas observarse una regla que en el tit. 9 del lib. II no hemos supuesto, á saber, que la condicion existente se retrotrae

al principio, si yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, L. 11. §. 1. ff. *Qui pot. in pign.* Esto quiere decir, que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple despues, v. gr. á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo, dice un hijo: me darás mil, si me hiciere doctor? Poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradúa de doctor. Pregúntase aquí, ¿para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por cuanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, L. 78. ff. *De V. O.* Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observámos en el escolio del §. 993.

TÍTULO XXX.

DE QUÉ MODOS SE ESTINGUE LA OBLIGACION.

§. CMXCV — CMXCVII. Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas por cuanto no solo conviene saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven, falta ahora esponer esta doctrina estensamente en el último capítulo de este libro.

Preliminarmente haremos algunas divisiones. Toda obligacion se estingue, ó *ipso jure*, ó *por medio de escepcion*. Se dice que la obligacion se estingue *ipso jure*, cuando el modo de disolverse la obligacion tiene efecto desde el tiempo en que empieza á existir, aún cuando no se haya todavia opuesto ninguna escepcion. Por ejemplo, en el año de 1723 comencé á deber á Ticio ciento; en el año de 1724 él empezó á deberme á mí ciento; si Ticio procede contra mí, para que se le pague la deuda, yo digo que esta deuda ha desaparecido por compensacion. Reco-

noce esto Ticio, pero sin embargo cree que puede pedir los intereses hasta el año de 1727; esto lo niego yo, y sostengo que debe contentarse con los de un solo año, por cuanto la compensacion tuvo su efecto en el mismo año de 1724, aunque yo no haya usado todavía de esta escepcion. Por el contrario, la obligacion se estingue *por medio de escepcion*, cuando aquella no se acaba antes del momento en que se ha usado de la escepcion, *L. 27. §. 52. ff. De pact.* Por ejemplo, un hijo de familia recibió en empréstito doscientos florines en el año de 1723: se entabla accion contra él, y el deudor opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano. Se pregunta, ¿si ya en el año de 1723 se habia estinguido la obligacion, ó si esto no se verifica hasta el año de 1727 en que se opone la escepcion? Se responde que el hijo de familia no queda libre hasta el año de 1727, por cuanto la obligacion no se estinguió *ipso jure*, sino en virtud de escepcion.

Vamos á ver los modos con que la obligacion se estingue *ipso jure*. Son de dos clases, ó *comunes* á los demas contratos, ó *propios* tan solo de algunos de ellos: así, por ejemplo, la paga ó solucion es comun á todos los contratos, porque por medio de ella se estingue el mutuo, el comodato, la prenda, la estipulacion y todos los demas. Al reves, por medio de la *acceptilacion* no se disuelven mas contratos que los verbales: por medio del *mutuo disentiimiento* solamente los consensuales: el fundamento de esto estriba en aquella regla del Derecho, de que nada hai tan natural como que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, *L. 35. L. 400. ff. De R. J.* Luego los contratos verbales se deben estinguir con palabras solemnes; los consensuales con el disentiimiento, mas no los reales ni literales. Dada esta previa esplicacion, ya podemos esponer todos los modos comunes y propios. De aquellos hai seis: 1º *solucion* ó paga, de que se tratará en los §§. 998-1002; 2º *compensacion*, §. 1003-

1005; 3º *confusion*, §. 1006; 4º *oferta y consignacion*, §. 1007 y 1008; 5º *destruccion de la cosa*, §. 1009 y 1010; y 6º *novacion*, §. 1011-1019. De estos, es decir, de los propios se cuentan dos; 7º *acceptilacion*, §. 1020-1028, y 8º *el mutuo disentiimiento*, §. 1029-1031. Vamos á tratar de cada uno de estos modos por su orden.

§. CMXCVIII — MII. I.º El primer modo comun de estinguirse las obligaciones es la *solucion* ó paga, que definimos diciendo ser *una verdadera prestacion de aquello á que uno está obligado*, *L. 176. ff. De V. S.* Se requiere una verdadera prestacion ó satisfaccion para que se distinga de la compensacion, porque aunque para esta valga tambien la regla de que *compensar es pagar*, esto solo se entiende en cuanto al efecto, que es el mismo que el de la solucion. Sin embargo, propiamente hablando, la compensacion no es solucion, porque verdaderamente no se satisface á lo que exige la obligacion. Si preguntamos, 1º quiénes pueden pagar? se responde, que todos aquellos que tienen la libre administracion de sus cosas, §. *últ. Quib. alien. licet.* De lo cual se deduce que el pupilo no puede pagar: sobre lo que ya hemos hablado en el §. 466. Por lo demas ninguna diferencia média en que yo pague por mí mismo ó por otro; por uno que quiere, ó por otro que lo ignora, *L. 20. L. 40. L. 53. ff. De solut.* La razon es porque la obligacion siempre se estingue, bien que el que pagó por uno que lo repugnaba, no puede repetir ó no tiene accion contra aquel por quien pagó, á no ser que antes de la solucion haya recibido del acreedor los derechos que este le cedió, porque entonces obra como procurador ó mandatario en una cosa suya, §. 958. Si se pregunta, 2º cómo debe hacerse la solucion? responderemos, (a) que ha de pagarse lo que se debe, no una cosa por otra, á no ser que lo consienta el acreedor. Así que, si por ejemplo uno debe cien áureos, no puede pagar en

trigo, aromas, libros, etc., como el acreedor no quiera. Pero si este se conviene, entonces hai lo que se llama *acion en pago*. (b) Que se debe pagar toda la deuda; pues nadie está obligado á recibir parte de la paga, por los varios inconvenientes que esto trae, especialmente porque el dinero que no se toma junto, no luce, *L. 9. C. De solut. L. 41. §. 1. ff. De usur.* Hai sin embargo una escepcion, á saber, (a) si las deudas son diversas: en este caso puedo satisfacerlas una por una. (b) Si la deuda en parte es líquida y en parte ilíquida; pues entonces el juez mandará que al instante se pague lo líquido y que lo ilíquido se ventile judicialmente, *L. 21. ff. De rebus cred.* (c) Se debe pagar al tiempo y en el lugar convenidos. Si, por ejemplo, prometí pagar en Amsterdam, no puedo pagar en Leipsig: si debo pagar el primer día de abril, no puedo aguardar al primero de mayo, á no ser que el acreedor me conceda algun respiro, *L. 39. ff. De solut.* Por consiguiente el que paga mas tarde y en lugar distinto, está obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios que este trastorno pueda causarle; y para esto hai las acciones llamadas *triticaria* y *de eo quod certo loco*, de las cuales se trata en las Pandectas. La cuestion sobre el efecto de la solucion ó paga la espondremos fácilmente. La solucion estingue *ipso jure* todas las obligaciones; y como cesando la obligacion principal, cesan tambien las accesorias, se sigue que los fiadores, prendas é hipotecas quedan igualmente libres, *L. 43. ff. De solut.*; á no ser que el acreedor use del derecho de retencion, y retenga la prenda en seguridad de otro crédito aún no satisfecho; lo cual puede hacer. Sobre esto hemos hablado en el §. 825.

§. MIII—MV. II.º Otro modo comun de estinguirse las obligaciones *ipso jure* es la compensacion. La definimos el *des-cuento que se hace de las deudas y créditos reciprocos*, *L. 4. ff. De compensat.* Su fundamento es la regla filosófica, lo

que se puede hacer directamente, no debe hacerse por rodeos. Porque si se hubiese de proceder por orden; primero yo deberia pagar al acreedor los ciento que le debo, y despues tendria él que pagarme los ciento que me debe. ¿Para qué pues tantos rodeos, pudiendo la cosa componerse de suerte que yo retenga mi dinero y él el suyo? Cuando se hace esto, se dice que se ha compensado ó satisfecho una deuda con la otra. Acerca de esta compensacion consideraremos, 1º los requisitos, y 2º los efectos. 1º Los principales requisitos son tres: (a) que por ambas partes haya una deuda efectiva, líquida, pura; porque lo efectivo no puede compensarse con lo que no lo es ni lo líquido con lo ilíquido, ni lo puro con la condicional, por no haber todavía certidumbre de si se debe, *L. 30. L. 41. ff. L. ult. §. 4. C. De comp. L. 7. L. 17. §. 1. ff. cod.* (b) Que ambas deudas sean de estimacion cierta ó determinada. Por lo cual no puede compensarse el género con el género, por ser de incierta estimacion. Si, por ejemplo, Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, no podremos compensar estas deudas. (c) Que sea uno mismo el deudor y el acreedor. Si pues mi hermano debe á Ticio ciento, y Ticio me debe á mi otros ciento, no hai lugar á la compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor, *L. 16. pr. L. 18. §. 1. ff. De comp.* Esto es tan cierto, que si el fisco me debe á mi y yo debo al fisco, solo tendrá lugar la compensacion siendo una misma la caja ó administracion que me debe y á la cual debo, *L. 46. §. 3. ff. De jure fisci, L. 4. C. De comp.* 2º El efecto de la compensacion es el mismo que el de la solucion, de que hablamos en el §. 1002. Pero si la deuda y créditos reciprocos son de diversa cantidad, ¿qué ha de observarse? Entonces de la deuda mayor se rebaja la suma menor, *L. ult. C. De comp.* Por ejemplo, si Ticio me debe mil, y yo á él seiscientos, la deuda de Ticio se disminuye por compensacion hasta cuatrocientos florines, que son los que únicamente tendrá que pagarme.

MVI. III.º El siguiente modo de disolver la obligacion es la *confusion*, por la cual entendemos aquel caso, en que el derecho del acreedor y el del deudor se reúnen en una misma persona, *L. 75, L. pen. ff. De solut.* Y es bien claro que entónces debe disolverse la obligacion, porque, ¿quién puede ser deudor y acreedor de sí mismo? Solo pues se trata de saber, ¿cuándo puede suceder que se haga acreedor el que era deudor? Se responde que este caso se concibe mui fácilmente en la herencia: por ejemplo, Ticio me debe dos mil; al morir me instituye heredero; yo acepto la herencia; pues con esto me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero paso á todos los derechos y obligaciones del difunto. Luego la confusion se hace por la adicion, y por consiguiente espira el débito ú obligacion.

§. MVII y MVIII. IV.º El cuarto modo de extinguirse las obligaciones en todos los contratos es la *oferta y consignacion*, á las cuales hai lugar, siempre que el acreedor es moroso en recibir, ó no quiere ó no puede recibir el dinero que se le ofrece. Por ejemplo, uno me vendió un predio por dos mil florines, y preparo el dinero y se lo ofrezco, segun lo convenido entre nosotros: él no puede recibirlo, porque no caiga en mano de sus acreedores: en este caso puedo yo usar de la oferta y consignacion. Qué cosa es pues la oferta y consignacion? Es un modo de suprimirse la obligacion, si el deudor presenta y deposita judicialmente todo el dinero, que en su justo lugar y tiempo ha ofrecido al acreedor, y este no ha aceptado. Requiere pues, 1º que yo ofrezca al acreedor todo el dinero en el tiempo y lugar que corresponde: 2º que el acreedor sea citado por el juez, para que vea entregar y depositar el dinero: 3º que yo cuente ante el juez el dinero, y á presencia del acreedor lo meta en una bolsa, y pida que se selle con el sello judicial: y 4º que se escriba en las actas la

cantidad. El efecto de esto es, 1º que yo quedo libre de toda obligacion del mismo modo que si hubiese pagado: 2º que se detiene el curso de los intereses: y 3º que si el dinero perece en la casa judicial por incendio ó hurto, no perece para mí, sino para mi acreedor. Véase la *L. 9. C. De solut.*

§. MIX y MX. V.º Sigue la *destruccion de la cosa*, otro de los modos de extinguirse indistintamente *ipso jure* todas las obligaciones de cualquier contrato que provengan. Pero respecto de la cosa que debo, se necesita de alguna distincion: ó debo un *género*, v. gr. un caballo; ó una *especie*, v. gr. tal caballo de la cuadra; ó debo una *cantidad*, por ejemplo, cien florines. Si debo género ó cantidad, no libra la destruccion de la cosa, porque el género y la cantidad no perecen. Por eso, si v. gr. debiendo yo un caballo y comprando uno para entregarlo, muere ántes de verificarse, no quedo libre, por cuanto fui deudor de género, y no precisamente de tal ó cual caballo que yo habia comprado. Ni tampoco quedo libre, si debiendo cien florines, y teniéndolos ya contados sobre una mesa, vino un ladrón y me los robó ántes de entregarlos, pues debia una cantidad en general, la cual nunca perece; y no precisamente aquella moneda que yo tenia contada sobre la mesa. Mas si debo una *especie*, por ejemplo, tal casa, tal caballo, en pereciendo estas cosas, se estingue la obligacion, *L. 23. L. 24. pr. ff. De V. O.*; porque lo que no está en la naturaleza de las cosas, no puedo pagarlo. Pero no sucede así, (a) si yo fuese moroso; (b) si poseyese con mala fe una cosa viciosa, v. gr. furtiva; (c) si la cosa pereciese por dolo ó culpa mia. De lo que únicamente tratamos, es del caso en que por casualidad pereció la cosa, pues la casualidad por nadie es satisfecha en los contratos.

§. MXI. — MXIX. VI.º El modo sexto y último de disolverse una obligacion se llama *novacion* (1); por la cual

(1) La novacion *necesaria* se llama tambien *acumulativa*, porque no

entendemos la trasmutacion de la primera deuda en otra obligacion, *L. 1. pr. ff. De novat.* Por ejemplo, yo ántes debia por estipulacion; ahora doi una obligacion, y ya debo por lo escrito. Ántes debia por pacto sencillo, ahora prometo de nuevo por estipulacion, etc. Esta novacion es

estingue la obligacion primera, ántes bien la robustece y fortifica mas y mas; v. gr. debo diez pesos en virtud de mutuo: se presenta el acreedor contra mí, para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándolo se hace novacion, y debiendo ántes solamente por mutuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litiscontestacion; y así cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvenirá por el actor con la accion de mutuo, sino con la accion de cosa juzgada. Véase á Febrero; *Del juicio ejecutivo, lib. 3. cap. 2. § 40. n. 220 á 222.*

Para que se entienda hacer novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y así, porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto no se hace novacion propiamente por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte espresamente: esta especie de novacion se llama *con delegacion*. Comunmente la dividen en una que llaman *con delegacion*, y otra *sin ella*. Esta se hace, cuando permanecen el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion: la otra es, cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede hacer de tres modos: primero, mudando la especie de obligacion, v. gr. debia ántes cien pesos por depósito, y ya los debo por mutuo. Segundo, añadiendo ó quitando alguna cosa á la primera obligacion, v. gr. ántes debia yo cien pesos sin interés, ahora prometo los mismos con él. Tercero, si nada se muda, sino solamente se renueva la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama *expromision*. Remitimos al lugar citado al que quiera ver tratada esta doctrina con la claridad y estension necesarias.

Por nuestras leyes tambien se disuelve la obligacion por el pacto de no pedir, *LL. 1. y 2. título 14. Part. 3.*, en cuya glosa Gregorio López juzga que este pacto contiene la aceptacion: y como esta tiene la eficacia de disolver la obligacion, tambien la tiene el pacto de no pedir.

de dos modos; una *voluntaria*, que hacen por convencion los que quieren; por ejemplo, si entre nosotros conviniéremos que el dinero que tengo en depósito, empiece ya á tenerlo en empréstito: aquí nadie nos obligó á la novacion, y por tanto esta fué voluntaria, *L. 2. ff. eod.* Otra es *necesaria*, que se hace aún con repugnancia por la litiscontestacion; v. gr. si yo debí por empréstito ciento, se instituye accion, y me manda el juez constestar el pleito: hecho esto (lo cual tal vez hago contra mi voluntad), al instante se verifica la novacion, y siendo así que ántes debia por mutuo, ahora empiezo á deber por el cuasi contrato de la litiscontestacion; de suerte que si salgo condenado, no soi reconvenido por la accion *cierta de mutuo*, sino por la accion *de lo juzgado*, que procede del cuasi contrato, *L. 29. ff. De nov.* Ademas la novacion se hace, ó *sin delegacion*, cuando permanece uno mismo el deudor y el acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion, ó *con delegacion*, cuando se muda la persona del deudor. La *primera* se hace de tres modos: 1º si se muda la especie de la obligacion, v. gr. si ántes debia ciento por estipulacion, y ahora hago una obligacion de esta cantidad. 2º Si á la primera obligacion se le agrega ó quita algo, por ejemplo, si ántes debia yo ciento sin interés, y ahora los prometo con él. 3º Si nada se muda, sino que únicamente se renueva la primera obligacion; v. gr. si en el año de 1723 habia yo dado un papel de obligacion, y luego doi otro nuevo destruyendo el primero. Esto último es indispensable, porque de otra manera, si no se destruyese la primitiva obligacion, ambas valdrian y producirian sus respectivas acciones, *L. últ.*

C. De novat. La *segunda* novacion con delegacion se hace por promesa formal, á saber, si me cargo yo enteramente con la deuda de otro, de manera que el primer deudor quede del todo libre. Es solemne el ejemplo del

apóstol san Pablo, *ep. ad. Philem. v 18.*, cuando promete por Onésimo : *Si quid tibi debet Onesimus, ego Paulus, mea manu scribo, ego solvam* : Yo, Pablo, que te escribo esta de mi puño y letra, te pagaré lo que te debe Onésimo. Tan luego como Filemon recibió esta promesa de san Pablo, se verificó la novacion con delegacion, por haberse mudado la persona del deudor, pues ántes debía Onésimo y despues debía el apóstol. El efecto de la delegacion voluntaria es que la primera obligacion se suprime y sustituye la nueva, de suerte que no se concede recurso contra el primero, aún cuando, por ejemplo, el prometedor no tenga con que pagar, *L. 26. §. 2. ff. Mand.* El efecto de la delegacion necesaria es que la accion temporal se hace perpetua, y penal persecutoria de la cosa, y por tanto se da tambien contra los herederos, *L. 6. últ. ff. De re jud. L. 26. ff. De O. et A.*

Dejamos dicho todo cuanto pertenece á esta materia. Resta todavía esplicar la diferencia que hai entre la *fianza* y la *promesa formal*, y asimismo entre la *delegacion* y la *cesion*. 1º Por la fianza no se hace ninguna novacion; por la promesa formal se hace. 2º La obligacion del fiador no destruye la obligacion del deudor principal, sino que se agrega subsidiariamente; el prometedor libra enteramente al primer deudor. De esta suerte tambien 3º la delegacion no puede hacerse, á no ser con consentimiento de todos, del acreedor y del deudor; pero sí puede hacerse la cesion, aún ignorándolo ó repugnándolo mi deudor, *L. 1. C. De nov.* 4º En la delegacion se muda la persona del deudor; en la cesion la persona del acreedor.

§. MXX — MXXVIII. Hasta aquí llevamos esplicados los seis modos comunes : siguen los dos propios, á saber, la *acceptilacion*, que es propia de la estipulacion, y el *mutuo dis-intimiento*, que es propio de los contratos consensuales.

VII.º Llámase *acceptilacion* de la frase *acceptum ferre*, que quiere decir tanto como remitir la deuda, del mismo modo que si la hubiésemos recibido. Entre los romanos, despues que admitieron el principio de que una cosa debía disolverse del mismo modo con que se habia unido, parecia absurdo suprimir un contrato por un pacto simple, y por eso querian que lo que se habia prometido por estipulacion ó palabras solemnes, se remitiese por otras palabras solemnes. Pues á esta solemnidad de palabras es á lo que llaman *acceptilacion*. Estas palabras solemnes consistian en la siguiente pregunta y respuesta correspondiente. El deudor preguntaba : *¿ el dinero que yo te he prometido, lo has recibido ya?* Si el otro respondia : *lo tengo recibido*, parecia suprimida *ipso jure* la obligacion, §. 1. *Inst. h. t.* Debe ahora añadirse 1º que la acceptilacion es un acto legitimo, *L. 77. ff. D. R. J.*; y por esta razon no puede hacerse por medio de procurador, ni bajo condicion, ni hasta cierto dia, §. 70. 2º Que la acceptilacion solo puede hacerse por quien tiene facultad de administrar y enajenar sus cosas, y por consiguiente no podrá hacerla el pupilo sin la autoridad del tutor, *L. 2. ff. L. 1. C. De acceptil.* El fundamento de esto se hallará en el §. 251. 3º Que la acceptilacion solamente pertenece á las estipulaciones y obligaciones de palabras, no á los contratos reales, literales, ni consensuales, §. 1. *Inst. h. t.* Mas como esto era molesto, Cayo Aquilio Galo, célebre jurisconsulto del tiempo de Ciceron, discurrió la acceptilacion, que del nombre del inventor se llama *aquiliana*, por la cual se podian suprimir todas las obligaciones, aún las nacidas de otros contratos. La fórmula embarazosa é intrincada que se debia observar, está inserta por Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.*; pero nosotros la describiremos con mas claridad. Dijimos que en la acceptilacion vulgar se hacia una sola pregunta : en la aquiliana se hacian dos. Por la

primera se verificaba una novacion : por ejemplo, el acreedor decia : *lo que tú me debias por mutuo, ¿ me lo prometes ahora de nuevo?* Si entónces respondia el deudor : *te lo prometo*, al momento quedaba hecha la novacion, en consecuencia de la cual ya despues no se debía por mutuo, sino por estipulacion. En seguida con otra pregunta se quitaba tambien esta última obligacion, cuando el deudor preguntaba : *lo que yo te he prometido, ¿ lo tienes ya recibido?* En respondiéndose : *lo tengo recibido*, toda la primera obligacion, procedida del mutuo, se entendia suprimida por la aceptilacion aquiliana, sin embargo de que por otra parte la aceptilacion no pertenecia al mutuo. Cualquiera puede conocer, que ahora no hai necesidad de estos rodeos, por cuanto entre nosotros todos los pactos producen el mismo efecto que las estipulaciones. Por consiguiente, si por medio de un pacto simple perdonamos á alguno una deuda, el efecto de esta remision no será menor que el de la aceptilacion. No obstante conviene que el jurista sepa esto, porque de otro modo no penetraria la analogia del Derecho, ni entenderia otras varias cosas en nuestro mismo Derecho civil. Los romanos no podian carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra oracion inaugural *De veteri jurisprudentiá formulariá*. Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX — MXXXI. VIII.º Falta el otro modo de disolver la obligacion, peculiar de los contratos consensuales, á saber el *mutuo disentiemento*, que no es otra cosa sino un convenio contrario á otro convenio consensual anterior, aúa no cumplido, §. *ult. Inst. h. t.* Por ejemplo, ántes habíamos consentido en comprar el uno y vender el otro tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en que ni yo la compraré ni el otro la venderá : aquí

tenemos el mutuo disentiemento. Nada hai en esto oscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aún íntegra la cosa, esto es, no cumplido aún el contrato. Si está ya cumplido, podemos mudar la voluntad; pero entónces mas bien se verifica un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo, si ya se me entregó á mí la casa, y pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra y venta, y habrá que pagar dos veces la alcabala, cuando si nos apartásemos por mutuo disentiemento, estando aún la cosa íntegra, nada tendríamos que pagar.

LIBRO CUARTO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DELITO.

§ MXXXII — MXXXVIII. Aún no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual dijimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la lei, ó mediatamente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *licito* ó *ilícito*. El lícito se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aquí de los *contratos*. El ilícito se llama *delito* ó *maleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aunque en la Instituta promete la rúbrica el tratado *De la obligacion que nace del delito*, y en todo el título se hable solo de una de las especies de delito, á saber, del hurto; sin embargo nosotros supliremos este defecto, y ántes de llegar á la doctrina del hurto, diremos brevemente, 1º qué cosa sea delito, §. 4033.; 2º de cuántas maneras, §. 4034-4036.; y 3º qué acciones nacen de los delitos, §. 4037 y sig.

I. Delito es *un hecho ilícito cometido espontáneamente, por el cual uno queda obligado á la restitucion, si puede verificarse, y á la pena* (1). Nada sobra en esta defini-

(1) No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la lei divina, sea interna

cion. Llámase el delito un *hecho*, porque nadie es castigado por sus pensamientos, segun la *L. 18. ff. De pen.* Llámase hecho *ilícito*, porque no habiendo ninguna lei prohibitiva, ni natural ni civil, no se delinque. Por ejemplo si no está prohibida la caza, no comete delito el que coge una fiera; pero luego que la Autoridad legitima lo prohíbe,

ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, porque aún las acciones esternas, para que lo sean, han de perturbar la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado grave; pero no es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara; los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian para usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares; que es lo que principalmente fueron á buscar en la sociedad. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones, que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado: el hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, es decir, las de la criatura con su criador. Pero como la gravedad y medida de este depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse; y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su principal y verdadero fin, conseguirian destruirla. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, cap. 11. § 1.

Aunque el ebrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena segun las circunstancias; el segundo debe ser

el que caza contraviniendo á esta lei, delinque. Se añade en la definicion, *cometido espontáneamente*, pues lo que hacemos por fuerza y con repugnancia, no puede imputársenos. Por esto no delinque el que arrojado por otro desde lo alto, hiere á uno que pasa. Finalmente se añade, *por el cual uno queda obligado á la restitucion, etc.* El fundamento de esta obligacion lo explica muy bien Grocio *De J. B. et P. lib. II. c. 17. §. 22.* Todo el que comete un delito, causa daño á otro y peca contra las leyes. El que

castigado, como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pitaco se dice, que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena.

La diferencia de los delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra el que principalmente se dirige el daño, sino tambien de que en los primeros puede el juez proceder de oficio ó por denuncia ó acusacion, la que puede intentar cualquiera del pueblo, á no estarle espresamente prohibido. En este sentido, segun la *L. 28 y sig. tit. 1. Part. 7.*, todos los delitos son públicos, á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino á pedimento del marido, *L. 3. tit. 7. lib. 4. Fuero real*; y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado.

Hai delitos *eclesiásticos*, otros *seculares*, y otros *mistos*. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento pertenece á los jueces eclesiásticos, como son los delitos comunes de los clérigos, la simonia; los segundos aquellos cuyo conocimiento pertenece á los tribunales civiles; y mistos los que pertenecen á unos y otros. Los clérigos gozan la inmunidad por concesiones de los principes, quienes, en virtud del poder de que están investidos, pueden imponer penas, y se hallan en las leyes de la *Partida* contra los clérigos falsificadores de moneda, sellos etc. De los delitos comunes conocen los tribunales eclesiásticos; no así de los privilegiados, por atrocidades, como son los de lesa majestad, parricidio, homicidio, incendio y otros, sobre los que las dos potestades instruyen su expediente, y lo remiten al Consejo para fallarlo, *real orden de 19 de noviembre de 1797, y circular de 15 de setiembre 1815.* Es de advertir que nunca se aplica la sentencia sin preceder la degradacion, por respeto á su dignidad.

causa daño está obligado á la restitucion : el que obra contra las leyes, queda obligado al castigo. Por todo delito pues se puede pedir la restitucion del daño y la pena; y no sin razon decimos que está obligado á la restitucion, *si puede verificarse*, y á la pena. Efectivamente, á veces no es posible deshacer lo hecho, ni puede estimarse el daño. Por ejemplo, si se mata un hombre, ni puede volvérselo á la vida, ni esta puede estimarse en un precio determinado; y por tanto, en estos casos cesa la restitucion, y basta la pena.

II.º Á la definicion del delito siguen las divisiones, que son varias, porque 1.º el delito es ó *verdadero* ó *cuasi delito*. Aquel se comete por dolo, y este por culpa, v. gr. si un juez á sabiendas pronuncia con dolo malo una sentencia injusta, delinque verdaderamente; pero si lo hace solo por falta de saber, casi delinque. Se objeta sin embargo el daño causado injustamente (*injuriá datum*), el cual se llama verdadero delito, y no obstante se comete, así por culpa como por dolo. Pero se responde que entónces se saca la denominacion de lo mas notable, aunque la accion de la lei aquilia, segun los diversos respectos, puede derivarse, ya de un verdadero, ya de un cuasi delito: observó esto Tomasio en sus *Schol. et Nov. addit. ad B. Huberi Prælect. Inst. lib. IV. tit. 3. §. 3.* Además el verdadero delito ó es *público* ó *privado*: se dice público el que daña á la seguridad de la república, y por esta razon se le aplica un castigo público; por ejemplo, el crimen de lesa majestad, de homicidio, etc. Por el contrario, privado se llama el que perjudica al patrimonio particular, esto es, á lo que se llama *tuyo y mio*; por cuya razon hai contra él una accion ó persecucion particular. De aquellos no se trata hasta el último título. De la clase de estos habia cuatro entre los romanos: hurto, rapiña, daño causado injustamente, é injuria, de los cuales hablaremos en otros tantos títulos. Finalmente el delito pú-

blico, ó es *ordinario* ó *extraordinario*. Ordinario es aquel, sobre el cual existe una lei particular, que señala para él una pena determinada y ordinaria. Tales son las leyes julias de majestad, de adulterios, de la fuerza pública y privada, de peculado, de intriga en las pretensiones; las leyes cor elias de los asesinos y envenenamientos, y de las falsedades; la lei pompeya de parricidios; la lei fabia de plagiarios, etc. Todos estos son delitos públicos ordinarios, que tambien se llaman *crímenes*. Llámense en contraposicion *extraordinarios* aquellos, acerca de los que no existe ninguna lei singular, no obstante que merecen una pena estraordinaria. Así, por ejemplo, no habia ninguna lei sobre los que rompian los diques del Nilo, y sin embargo, como este atentado era de mui mal ejemplo, el que lo cometia, era quemado vivo. Luego este era un crimen estraordinario.

III.º El efecto de los delitos es que de ellos nazcan dos acciones. Estando el delincuente obligado á la restitution y al castigo, §. 1032, las acciones por las cuales pedimos que se nos resarzan los daños, se llaman *persecutorias de la cosa*, y aquellas por las que exigimos la pena, se llaman *penales*, v. gr. por la *condicion furtiva* nada pido mas que la restitution de la cosa robada, ó su estimacion: luego es persecutoria de la cosa. Mas por la *accion de hurto* pido el duplo ó el cuádruplo, y esto comprende solo la pena; por consiguiente esta accion es penal. Entre estos géneros de acciones hai muchas diferencias, porque 1º las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo ménos respecto de lo que ha llegado á ellos, *L. ún. C. Ex del. def. her. quemad. conv.*; las penales no competen contra ellos, á no ser que el pleito esté contestado con el difunto, §. 1019. 2º Las persecutorias de la cosa no infaman, y sí las penales. 3º Por las persecutorias de la cosa, aunque sean muchos los delincuen-

tes, están obligados en el todo; pero en pagando uno, quedan libres los demas: por las penales tan obligados *en el todo* están los cómplices, que aunque uno pague, los demas no quedan libres. De esto se puede inferir que las acciones penales y persecutorias de la cosa no se destruyen mutuamente, y que por consiguiente pueden entablarse á un mismo tiempo, *L. 34. §. 2. ff. De O. et A.* La razon de esto se hallará en el §. 1033. Solamente añado, que no de todos los delitos nacen acciones persecutorias de la cosa y penales, porque en los mas de ellos con una misma y única accion se solicita la cosa y el castigo.

§. MXXXIX — MXLVI. Dados ya estos preliminares, pasamos á hablar del primer delito privado, que es el hurto, y trataremos, 1º de su naturaleza, §. 1039-1046; 2º de sus varias especies, §. 1047-1060; y 3º de las acciones que nacen de este delito, §. 1067-1070.

I.º La naturaleza del hurto la inferimos de la antigua definicion que nos presenta el §. 1. *Inst. h. t.* El hurto es *el acto de tomar fraudulentamente, con el ánimo de sacar utilidad, una cosa, ó tambien el uso ó posesion de ella*, lo cual está prohibido por la lei natural. La misma definicion tenemos en la *L. 1. §. 3. ff. De furt.* Decimos 1º que el hurto es *el acto de tomar*; y ¿por qué no decimos mas bien que es la sustraccion? Respondo, porque no solo es ladrón el que quitó ó sustrajo, sino tambien el que tomó la cosa con ánimo de robarla, aún cuando no la haya quitado. Por ejemplo, si cojo en mi casa á un ladrón en el mismo acto de rebar, aunque todavia no haya quitado nada, es reo de hurto manifiesto. De esto inferimos, (a) que el que, habiendo entrado en una casa, no cogió todavia nada, no es propiamente ladrón, sino lo que llamaban los romanos *contrectario*, el cual era castigado estraordinariamente, *L. 7. ff. De extr. crim.* (b) Que la intencion sola no hace ladrón, á no ser que se haya agregado el

hecho de tomar la cosa, *L. 1. §. 1. ff. De furt. L. 18. ff. De pœn.* (c) En tanto hai lugar á la accion de hurto, en quanto se ha verificado el hecho de tomar la cosa, *L. 21. pr. ff. De furt.* Cuya tésis oponemos á ciertos juriconsultos antiguos, que engañados por el principio estoico de que *todos los delitos son iguales*, creían absurdamente que quitar un solo grano de un monton de trigo, era lo mismo que robar todo el monton; principio que es criticado con agudeza por Horacio, *Serm. l. 1. sat. 3. v. 115. sig.* Decimos, 2º que el hurto es el acto de tomar *fraudulentamente*, no solo porque se requiere el dolo para todo el delito, §. 1034, sino tambien para que se distinga de la rapiña, que no es sustraccion fraudulenta, sino violenta. De aquí inferimos (d) que no pueden cometer hurto los furiosos, dementes, infantes ni los próximos á la infancia, §. 18. *Inst. h. t.*, porque no son capaces de dolo. (e) Que sin embargo pueden cometerlo los próximos á la pubertad, en quienes frecuentemente la malicia suple la edad, *L. 23. ff. De furt.* (f) Que una necesidad extrema escusa del hurto. Así opinan Grocio, Puffendorf y otros doctores. Pero Valent. Alberti, en el *Comp. jur. nat. orthod. confirm.*, lo niega, porque la necesidad no escusa del pecado, y habiendo de elegirse el mal menor, cuando uno es moral y otro físico, el físico es el que siempre debe tenerse por menor. Así es que opina que ántes se debe morir de hambre que coger ni un bocado de pan contra la voluntad de su dueño. ¡ Austera filosofia por cierto, de la cual no sabemos si daria ejemplo el mismo Alberti en el caso de verse acosado de una extrema necesidad! Pero esta es una mera peticion de principio. Niega que la necesidad escusa de pecado, y afirma que el mal moral no se debe posponer al mal físico; pero ante todo conviene averiguar si es pecado el mal moral, porque á la verdad falta el dolo. Un hombre que está sumergido en la miseria, no

tiene ánimo de lograr una ganancia criminal, sino tan solo de conservar la vida; y á propósito de esto manifiesta claramente Grocio, que en el caso de una extrema necesidad revive la comunion primitiva de las cosas. Decimos 3º que el hurto es el acto de tomar una *cosa ajera*; porque si no se hubiese introducido el dominio de las cosas, no podria concebirse el hurto. De aquí se infiere (g) que nadie puede cometer hurto en una cosa propia. Podiera objetarse que no hai duda en que es ladrón el que sustrajo á su acreedor la prenda, sin embargo de ser dueño de ella. Á esto se dice que ese deudor es ladrón, no de la cosa, sino de la posesion, y nosotros aquí hablamos del hurto de cosa. (h) Que mucho ménos se comete hurto de una cosa que no tiene dueño (*nullius*), porque estas son del primero que las ocupa, §. 343. 1. De lo cual se deduce por qué no se comete hurto de una herencia abandonada; y es porque en tanto que no la aceptan, no tiene dueño, *L. 68. ff. De furt.* Mas no obstante, como esto seria de mui mal ejemplo, nació de aquí el nuevo y extraordinario crimen (*expilatae hereditatis*) de herencia robada. De lo mismo inferimos, (i) que entre cónyuges durante el matrimonio no se comete hurto. Porque las cosas de un cónyuge respecto del otro no se tienen por ajenas, por causa de la comunion que tienen del uso de las cosas. No obstante, si un cónyuge, estando inmediato el divorcio, sustrajere algo al otro cónyuge, en lugar de la accion de hurto, se da la accion de cosas quitadas (*rerum amotarum*); la cual es solo persecutoria de la cosa, y no produce ignominia. Por último, (k) se deduce que no hai hurto entre padre é hijo, á saber, en quanto al efecto civil (porque moralmente el hijo que roba á su padre, no deja de ser ladrón) de suerte que nazca la pena de hurto y la accion derivada de él, §. 12. *Inst. h. t.* Efectivamente el hijo en vida de su padre es tenido en cierto modo por dueño de

las cosas paternas, §. 587. Luego si sustrajo algo, no se puede decir que sea el acto de tomar una cosa ajena. Decimos en fin, *con el ánimo de sacar utilidad*, porque cuando alguno por un exceso de pasión me roba la esclava, será reconvenido por la lei aquilia, si la tomó por hacerme daño, y por la accion de las injurias, si fué para causarme afrenta; mas no por la accion de hurto, L. 39. *pr. ff. De furt. L. 53. ff. eod. L. 5. §. ult. ff. Ad. L. aquill.*

§. MXLVII — MLX. II.º Esto en cuanto á la naturaleza del hurto; ahora siguen sus varias divisiones (1). 1.º El

(1) De cuantas divisiones del hurto trae Heineccio, ninguna hai tan interesante como la de simple y calificado. *Simple* es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia; *calificado* aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agravan, como si se sube por escalas, se quebrantan puertas, ó se entra con armas. El simple se subdivide en grande y pequeño; es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se debe imponer, *lei 18. tit. 14. Part. 7.*

En el hurto, á mas de dar el Derecho accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion de aquel que la hurtó, concede la accion penal de hurto para repetir el duplo ó el cuádruplo. El dueño de la cosa puede demandarla, contra el que la robó ó sus herederos, por la accion persecutoria de la cosa; pero el cuádruplo ó duplo solo podria pedirlo (si estuviera en uso) contra el ladron, y no contra los herederos, á no ser que viviendo el ladron, se hubiese contestado la demanda, *lei 20 tit. 14. Part. 7.* Ademas de esto debe el ladron, si el hurto es manifesto, pagar el cuádruplo, y en el oculto el duplo; cuya pena se entiende contra los que dan ayuda ó consejo, *lei 4 del mismo tit.* y Antonio Gómez, *Variar. resol. cap. 5. núm. 4.*; pero estas penas pecuniarias muchos años hace que no están en uso, y solo quedaron las corporales siguientes, que tambien se hallan en parte suprimidas para el primer hurto simple, pena de vergüenza, seis años de galeras (castigo que no se conoce desde que no tenemos galeras) ó de

hurto ó es de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*. El hurto de cosa se comete por aquel que robó una cosa mueble (porque si se causa estorsion en una inmueble, esto será fuerza, no hurto); y por mueble se entienden tambien los hijos y esclavos, como que son cosas, no personas, §. 77. 85. * Si no obstante alguno arrebató á un hombre libre, se dice que ha cometido un *plagio*, del cual trataremos abajo en el §. 1368. El hurto de uso es cuando uno, aunque no quite la cosa ajena, usa de ella contra la voluntad de su dueño de otra manera que debia. Por ejemplo, si alguno usa de una cosa que tiene en depósito, debiendo custodiarla, ó usa de un caballo prestado hasta Groninga, habiéndosele concedido solo hasta Leovardia, L. 40. *pr. ff. De furt. L. 54. L. 76. ff. eod.* Valerio Máximo, *lib. 8. cap. 2.* y Gelio, *lib. 7. cap. 15.* refieren haber sido condenado en Roma como ladron uno que habiendo

algun presidio, L. 18. *tit. 14. Part. 7.* Por el segundo cien azotes (esta pena fué abolida por el decreto de las Cortes de 8 de setiembre de 1813, restablecido posteriormente) y diez años de presidio, *real pragmática de 19 de marzo de 1771.*, aunque posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, teniendo presente la repeticion ó reincidencia, la calidad de la persona á quien se hurtó y la del delincuente, *real orden de 18 abril de 1746.* Por el tercer hurto se impone la pena de horca (la cual conmutó en pena de garrote el *real decreto de 24 abril de 1832*), como á ladron famoso, *lei 18. tit. 15. Partida 7.*, siempre que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo. Al hurto calificado se le impone la pena de muerte en los siguientes casos: cuando el ladron es conocido por robar públicamente en los caminos; cuando es un corsario que roba en el mar con naves armadas; si entra en las casas ó lugares por fuerza y con armas; si roba en iglesia y cosa religiosa; al que roba el tesoro del rei; á los castreros; y por el primer robo en la corte y su rastro está impuesta la pena de horca, segun una lei promulgada por Felipe V, aunque sea el hurto de una cantidad muy tenue. Esta lei fué dada en unas circunstancias terribles y extraordinarias: hoy dia se economiza mucho la pena de muerte, y están prohibidos los tormentos y la confiscacion de bienes.

recibido prestado de un amigo un caballo hasta Aricia, lo llevó fuera de la ciudad á un monte cercano : tal era la rigidez de la disciplina de los antiguos romanos. Finalmente hai hurto de *posesion*, cuando uno quita una cosa propia que otro posee justamente, v. gr. si el deudor roba una prenda al acreedor, §. 10. *Inst. h. t.* 2º Ademas el hurto, segun la lei de las XII Tablas, se divide en manifiesto, no manifiesto, interceptado, trasferido, prohibido, y no exhibido. Era *manifiesto*, cuando se cogia al ladron en el mismo acto de robar, ó ántes que trasladase las cosas al sitio á donde se dirigia. Este hurto está descrito por Virgilio en la *Ecl. III. v.* 15 :

*Nonne ego te vidi Damonis pessime, caprum
Eccipere insidiis multum latrante Lycis?
Et quum clamarem, quorsum se proripit iste?*

Este hurto por el peligro que amenazaba al dueño, era castigado mas gravemente, á saber, con el cuádruplo, porque en efecto los ladrones, que son sorprendidos y reducidos á la desesperacion, suelen defenderse con armas. *No manifiesto* es, cuando el ladron no es cogido robando, ni en el camino. Esto se castigaba con el duplo, segun la misma lei de las XII Tablas, §. 3. *Instit. h. t.* *Interceptado (conceptum)* era el hurto buscado y hallado por medio del plato y la faja, §. 4. *Inst. h. t.* Hemos descrito este rito oscuro por su antigüedad en nuestras *Antig. rom. h. t.* §. 13. y sig. Es de saber que los que buscaban una cosa hurtada, iban desnudos, no fuera que tal vez, para calumniar, introdujesen algo en la casa. No obstante, para mirar por el pudor, se cubrian la cintura con una faja que llamaban *licium*. Los ojos y la cara los cubrian con un plato agujereado que les servia de máscara. Presentándose de esta manera todos tenian que admitirlos, y abrirles todas las puertas y cofres. Si hallaban la cosa robada que buscaban, el inquilino era reo de hurto interceptado,

y por eso segun la lei de las XII Tablas, estaba obligado al triplo, y despues al duplo, Gell. *Noct. att. lib. II. cap. 18.* Pero este modo de encontrar los hurtos pareció poco decoroso, y aún en tiempo de la república libre cayó en desuso : tan léjos está de observarse en el dia. Así pues si hoy se necesita buscar la cosa robada en una casa sospechosa, esto no se hace por autoridad privada ; sino por mandato del juez y por medio de alguaciles. El hurto *trasladado (oblatum)* es, cuando el ladron da á otro la cosa robada, ó la arroja en un fundo ajeno, para que sea hallada en poder de otro y no en el suyo, §. 4. *Inst. h. t.* El que hacia esto, era condenado en el triplo, lo cual era solo por via de castigo, Gell. *ib.*, y Paul. *Rec. sent. II. 31.* Hurto *prohibido* es, cuando uno no admite á los que quieren buscar la cosa robada y les prohíbe buscarla. No se sabe á punto fijo la pena que en este caso se imponia ; sin embargo es probable que fuese el duplo. Hurto *no exhibido* es, cuando uno niega tener en su poder la cosa robada y no la exhibe, siendo así que despues se encuentra que la tiene, §. 4. *Inst. h. t.* La pena de este hurto era el duplo, segun probamos claramente en el §. 1058. *, por el notable pasaje de Plauto, *Poen. act. III. sc. I. v. 54. y sig.*; sobre cuyo punto es increíble cuánto han disputado los críticos. Pero de todas estas especies de hurto no se hacia ya por Derecho antiguo ningun uso, segun confiesa el mismo Justiniano, §. 4. *Inst. h. t.*; y en el dia suelen los magistrados en todos estos casos imponer una pena extraordinaria con proporcion al delito y á la diversidad de las circunstancias. Finalmente el hurto o es *diurno* ó *nocturno* : aquel se hace de dia ; este de noche. Los ladrones nocturnos se llamaban *dormitatores*, porque de dia solian dormir y de noche robar. El hurto nocturno tiene de singular el ser lícito matar al ladron de esta especie, con tal que el matador grite y pida socorro á los

vecinos; lo cual antiguamente se acostumbraba hacer con esta fórmula: *Quirites vestram fidem, ó Porro quirites*; y de aquí viene el vocablo *quiritari* (implorar el auxilio de los ciudadanos). Esto es lo que habian establecido las XII Tablas y el Derecho justiniano, *L. 54. §. 2. ff. De furt. L. 9. ff. ad L. corn. De sicar.*; y así se ve dispuesto por una lei de Solon, y por el Derecho divino, *Exod. cap. 22. v. 3*; siendo de admirar la concordia de todos los legisladores sobre este punto. Y del hurto diurno qué hai dispuesto? será lícito matar al que es cogido en casa? De ningun modo, porque de dia es mucho mas fácil que de noche encontrar quien dé auxilio. Solo se exceptúa el caso en que el ladron se defendiere con armas, porque entónces de cualquiera modo puede uno tratar de salvar su vida, segun dichas leyes.

§. MLXI — MLXV. III.º Ahora siguen las persecuciones que nuestro Derecho concede contra los ladrones. Segun él podemos obrar *civil ó criminalmente*. Si obramos civilmente, pedimos que se nos pague la pena pecuniaria; pero en el segundo caso solicitamos que se proceda criminalmente contra el ladron, v. gr. azotándole ó cortándole las manos etc. Ademas obramos civilmente, ó por la accion persecutoria de la cosa, para que se nos resarza el daño, ó por la accion penal, para recoger la pena pecuniaria ó multa. La accion persecutoria de la cosa que nace de este delito, es la *accion furtiva*; la cual tiene algo de singular. Efectivamente por lo regular, segun nuestro Derecho, se observa la regla de que *nadie interpone accion para su cosa*, es decir, que nadie pide su cosa con accion personal, sino que la *vindica*, esto es, la solicita por accion real, §. 14. *Inst. h. t.*; pero en este caso se ha permitido contravenir á esta regla por odio á los ladrones, para que estos estén obligados por mas acciones. Por esta razon puedo *vindicar* una cosa del ladron, ó *perdirla por la accion furtiva*; vindicarla de cualquier poseedor, ó entablar la accion

contra el ladron ó sus herederos. Por lo cual se concede la accion furtiva al dueño, no á otro (en lo que difiere de la accion de hurto) contra el ladron ó sus herederos, para obtener la restitution de la cosa hurtada ó su estimacion. Esta accion no infama, porque es persecutoria de la cosa, *L. 36. ff. De O. et A.* Llámase accion penal la *accion de hurto*, diferente de la anterior por muchos respectos. 1.º Aquella se daba solo al dueño; esta se daba tambien á uno que tuviese interes en ello. Por ejemplo, si á mí se me prestó un libro y me lo quita un ladron, tengo la accion de hurto, porque en ello me va á mí interes, puesto que debo pagar al dueño mi culpa, §. 11. *Inst. h. t.* 2.º Aquella compete tambien contra los herederos, porque perseguimos ó tratamos de recobrar la cosa; esta no se da contra ellos, §. 1038. 2. 3.º Aquella se da simplemente, para que la cosa se restituya; esta se da para la pena del duplo ó del cuádruplo, segun que el hurto es manifesto ó no manifesto. 4.º Aquella no infama; esta es ignominiosa. Cuyas diferencias deben tenerse presentes, y ademas se notará que una de estas acciones no quita la otra; porque si ya lie conseguido la pena, aún tengo la accion, para recuperar la cosa hurtada; y si recibí la cosa, todavía puedo solicitar la pena. Por el contrario, la accion furtiva y la vindicacion de la cosa, y asimismo la accion de hurto y la persecucion criminal, no pueden acumularse, porque tienden á un mismo objecto. Así se obraba civilmente. Fuera del orden regular tambien se obraba *criminalmente*, para que se pagase al fisco la multa, se impusiese la pena de azotes, se cortasen las manos, ó se aplicase otra pena corporal aflictiva, *L. 16. ff. Ad leg. jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió que los ladrones fuesen mutilados ó que se les matase, y quiso que fuesen desterrados. Estraña severidad. ¿Qué cosa mas apetecible para los ladrones que el destierro? Todo lo llevan consigo y lo mismo pueden robar en el destierro que en su patria.

Luego esta pena no afligirá mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice le imponian no sé qué pueblos, de arrojarle al agua para que se ahogase.

§. MLXVI — MLXX. [Segun la *L. 11 tit. 14. Part. 7.* se concede al dueño de la cosa dada en comodato, y que fué hurtada, la reclamacion de ella contra el ladrón, de cuyo derecho puede usar tambien el comodatario, pero no entramos.]

TÍTULO II.

DE LOS BIENES ROBADOS CON VIOLENCIA.

§. MLXXI — MLXXV. Hasta aquí hemos hablado del **primer** delito privado, que es el hurto. Sigue la *rapiña*, ó como la llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum*. Sobre él diremos, 1º en qué consiste su naturaleza, §. 4071-4075; y 2º cuál es la pena del robador, segun el Derecho romano, §. 4076-4078.

1º La naturaleza de este delito se infiere de su definicion. La *rapiña* es la *sustraccion violenta de una cosa mueble ajena, hecha con dolo malo para sacar utilidad*. Decimos, 1º que la *rapiña* es la *sustraccion violenta*, porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente, siendo así que la *rapiña* consiste en la violencia. (b) Tambien se diferencia en esto de la *concusión*, porque si alguno obliga á otro con fuerza y amenazas á que le dé, es reo de *concusión*; pero si él mismo lo arrebató, se tiene por robador. Decimos, 2º que la *rapiña* es la *sustraccion de una cosa mueble*; en lo cual conviene con el hurto. De aquí inferimos, (c) no ser reo de *rapiña* el que echa á otro de la posesion de una cosa inmueble; el cual debe ser reconvenido por la accion de por la fuerza

pública y privada (*De vi publicâ et privatâ*), ó por el interdicto, donde por la fuerza (*Unde vi*), *L. 2. §. 1. ff. h. t.* Añadimos, 3º de una cosa mueble ajeno; y esto es comun al hurto y á la *rapiña*. Pero se pregunta, si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, ¿se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por cuanto la definicion de la *rapiña* no cuadra á este caso, *L. 2. §. 18. ff. Vi bon. rap.* Sin embargo no quedará impune el que se hace justicia por su propia mano, sin aguardar el auxilio del juez. En efecto son de notar dos leyes, *L. Exstat. 13. ff. Quod met. caus.*, y *L. Si quis in tantam 7. C. Unde vi*; en las cuales se manda que si uno quita por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa; y si sacare por fuerza como suya una cosa ajena, no solo la ha de restituir, sino que ademas esta obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la *L. Exstat.* y la *L. Si quis in tantam*, hai la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raíces. Finalmente, 4º añadimos que la *rapiña* se hace *con dolo malo y para sacar utilidad*. Luego cesando el dolo, v. gr. si el que tomó la cosa, estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aquí no se pregunta cuánta fué la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla: así es que hai ejemplos de hombres, que por haber robado en un camino público á una mujer algunas monedas, fueron condenados á muerte, *L. 2. §. 18. ff. h. t.*

§. MLXXVI — MLXXVIII. IIº Vamos á hablar de la pena que impone el Derecho romano. Procedian los romanos contra los que robaban, ó *civilmente*, ó fuera del orden comun y regular *criminalmente*, para imponer la pena capital ú otra corporal afflictiva. Los que obraban civilmente, tenian dos acciones, la de hurto manifesto, ó la accion de *rapiña* (*Vi bonorum raptorum*), porque Justi-

Luego esta pena no afligirá mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice le imponian no sé qué pueblos, de arrojarle al agua para que se ahogase.

§. MLXVI — MLXX. [Segun la *L. 11 tit. 14. Part. 7.* se concede al dueño de la cosa dada en comodato, y que fué hurtada, la reclamacion de ella contra el ladrón, de cuyo derecho puede usar tambien el comodatario, pero no entramos.]

TÍTULO II.

DE LOS BIENES ROBADOS CON VIOLENCIA.

§. MLXXI — MLXXV. Hasta aquí hemos hablado del **primer** delito privado, que es el hurto. Sigue la *rapiña*, ó como la llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum*. Sobre él diremos, 1º en qué consiste su naturaleza, §. 4071-4075; y 2º cuál es la pena del robador, segun el Derecho romano, §. 4076-4078.

1º La naturaleza de este delito se infiere de su definicion. La *rapiña* es la *sustraccion violenta de una cosa mueble ajena, hecha con dolo malo para sacar utilidad*. Decimos, 1º que la *rapiña* es la *sustraccion violenta*, porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente, siendo así que la *rapiña* consiste en la violencia. (b) Tambien se diferencia en esto de la *concusión*, porque si alguno obliga á otro con fuerza y amenazas á que le dé, es reo de *concusión*; pero si él mismo lo arrebató, se tiene por robador. Decimos, 2º que la *rapiña* es la *sustraccion de una cosa mueble*; en lo cual conviene con el hurto. De aquí inferimos, (c) no ser reo de *rapiña* el que echa á otro de la posesion de una cosa inmueble; el cual debe ser reconvenido por la accion de por la fuerza

pública y privada (*De vi publicâ et privatâ*), ó por el interdicto, donde por la fuerza (*Unde vi*), *L. 2. §. 1. ff. h. t.* Añadimos, 3º de una cosa mueble ajeno; y esto es comun al hurto y á la *rapiña*. Pero se pregunta, si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, ¿se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por cuanto la definicion de la *rapiña* no cuadra á este caso, *L. 2. §. 18. ff. Vi bon. rap.* Sin embargo no quedará impune el que se hace justicia por su propia mano, sin aguardar el auxilio del juez. En efecto son de notar dos leyes, *L. Exstat. 13. ff. Quod met. caus.*, y *L. Si quis in tantam 7. C. Unde vi*; en las cuales se manda que si uno quita por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa; y si sacare por fuerza como suya una cosa ajena, no solo la ha de restituir, sino que ademas esta obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la *L. Exstat.* y la *L. Si quis in tantam*, hai la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raíces. Finalmente, 4º añadimos que la *rapiña* se hace *con dolo malo y para sacar utilidad*. Luego cesando el dolo, v. gr. si el que tomó la cosa, estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aquí no se pregunta cuánta fué la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla: así es que hai ejemplos de hombres, que por haber robado en un camino público á una mujer algunas monedas, fueron condenados á muerte, *L. 2. §. 18. ff. h. t.*

§. MLXXVI — MLXXVIII. IIº Vamos á hablar de la pena que impone el Derecho romano. Procedian los romanos contra los que robaban, ó *civilmente*, ó fuera del orden comun y regular *criminalmente*, para imponer la pena capital ú otra corporal afflictiva. Los que obraban civilmente, tenian dos acciones, la de hurto manifesto, ó la accion de *rapiña* (*Vi bonorum raptorum*), porque Justi-

niano no dudó que la accion de hurto debia convenir tambien en este caso, por quanto el robador no dejaba de ser un destestable ladrón, *pr. Inst. h. t.* Si uno intenta la accion de hurto manifesto, consigue el cuádruplo de lo que se ha robado. Si entabla la accion de rapiña, consigue igualmente el cuádruplo, *d. pr. Inst. h. t.* ¿Qué diferencia pues hai entre estas acciones? Y ¿por qué las leyes concedian dos acciones, de las cuales ninguna es mas pingüe que la otra? Se responde que média una gran diferencia, y que la accion de hurto manifesto, es mucho mas pingüe que la otra de rapiña. Porque 1º la accion de hurto manifesto es meramente penal; este cuádruplo contiene solo la pena, y despues de haberla conseguido, puedo todavía pedir por la accion furtiva la cosa robada ó su estimacion, pero la accion de rapiña (*Vi bonorum raptorum*) no es meramente penal, sino que la pena es del triplo; lo que escede de esto, contiene la estimacion de la cosa, y por tanto, ademas del cuádruplo, no puedo repetir la cosa robada. 2º La accion de hurto manifesto es perpetua, y cuando quiera que se instituye, se da para el cuádruplo; por el contrario, la accion de rapiña, por ser pretoria, se da solo dentro de un año para el cuádruplo, y pasado este solamente para el simple valor. Así se obraba civilmente contra el robador. Con la *severidad criminal* eran perseguidos los *salteadores* y *bandidos*. Se entiende por salteadores á los que infestan los caminos públicos, y despojan á los caminantes, aunque no los matan; por el contrario se llaman bandidos los que matan y roban ensangrentando los despojos. Aquellos igualmente que estos eran condenados á muerte, y ademas los bandidos eran colgados de una horca, *L. 28. §. 40, 45. ff. De penis.*

§. LXXIX, [El Derecho español adoptó, con respecto á este delito, las penas señaladas por los pretores, y con respecto á la accion para pedir la cosa robada, la concede

á aquel en cuyo poder se hallaba, cuando fué robada, sin hacer diferencia entre el robo y el hurto.]

TÍTULO III.

DE LA LEI AQUILIA.

§. MLXXX — MLXXXIV. El tercer delito privado sobre el cual se promulgó la lei Aquilia, es el *daño causado injustamente*, por el cual se entiende toda disminucion del patrimonio causada sin ningun derecho por un hombre libre. Acerca de este delito veremos, 1º la naturaleza del daño causado injustamente, § 1080-1084, 2º los capítulos de la lei aquilia, y las acciones que de ella nacen, §. 1085-1091; y 3º los atributos de estas acciones, §. 1092-1094.

1.º El mejor modo de entender la naturaleza del daño causado injustamente, será explicar la definicion. Decimos en ella, que este daño es *cualquiera disminucion del patrimonio*. De aquí se infiere, que un daño inestimable propia y directamente no se vindica por esta lei; porque v. gr. si un hombre es muerto ó herido, cesa enteramente la accion de la lei aquilia; y en el primer caso se procede criminalmente por la lei cornelia de asesinos, y en el segundo caso compete la accion útil de la lei aquilia; acerca de la cual se hablará en el §. 1092. Decimos ademas *injustamente*; lo que quiere decir, injuria causada sin derecho. De donde se infiere, 1º que es la mismo que el daño se cause por dolo malo, que por culpa lata, leve ó levisima, §. 3. *Inst. h. t.*; pues aunque ordinariamente pertenezca á la naturaleza del delito ser perpetrado con dolo malo, §. 1034, tiene sin embargo de singular la lei aquilia, que vindica toda clase de culpa, aunque sea la levisima. Por lo cual ya arriba en el mismo párrafo obser-

vámos, que propiamente el daño causado injustamente es verdadero y cuasi delito, y con todo se cuenta entre los verdaderos, por cuanto la denominacion se toma de lo principal. De esto se ven en el Derecho romano notables ejemplos, v. gr. en la *L. 11. ff. Ad L. aquil. se refiere que un barbero se puso á afeitar en un camino público á un esclavo, y como en el mismo sitio estuviesen jugando á la pelota unos muchachos, resaltó la pelota y tocó en la mano del barbaro, cuando tenía la navaja hácia la garganta, y resultó quedar degollado el esclavo. Es verdad que la culpa del barbero era leve; pero por haber afeitado en un sitio en que los muchachos solian jugar á la pelota, estaba obligado. Al que pudiera pensar que no es probable que en Roma los barberos ejerciesen su oficio en un camino público, le sacará de la duda un epigrama de Marcial, *lib. VII. ep. 61*, por el cual se ve que Domiziano quitó esta costumbre. Las palabras del epigrama son estas :*

*Nulla calcantis pila est præcincta lagenis,
Nec prætor medio egitur ire luto.
Stringitur in densa nec caeca novacula turb
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, caupo, coquus, lanuus sua limina servant:
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.*

Hasta la debilidad es imputada por la lei aquilia. Así es que si uno, v. gr. entra á servir en clase de cochero siendo tan débil que no puede refrenar los caballos fogosos, y estos atropellan á un esclavo, ó causan otro daño, esto se imputará al cochero, cuya culpa consiste en que sabiendo su debilidad, emprendió cosas superiores á sus fuerzas. Véase el §. 4. *sig. Inst. h. t.* Cualquiera pues que sea la culpa que intervenga tiene lugar la accion de la lei aquilia, porque basta que se haya causado un daño injus-

tamente. 2º De aquí inferimos, que el que usa de su derecho, á nadie hace injuria, porque de esta manera el daño no se hace injustamente. Así es que si, por ejemplo, hago un pozo en mi heredad, y sucede que se cortan las venas del pozo de un vecino, no hai lugar á la accion de la lei aquilia, por cuanto he usado de mi derecho. Y aquí pertenece lo que en la *L. 1. C. Unde vi*, se llama gobierno de la inculpada defensa (*moderamen inculpatæ tutelæ*), que es cuando uno mata al agresor; pues lo que uno hace en defensa de su vida, se considera que lo hace con derecho, *L. 3. ff. De just. et jure*. Pero no puede usar de esta defensa, á no ser 1º que otro sea el agresor; por lo cual en un desafio no hai lugar á ello: 2º que el peligro sea inminente, y que no pueda evitarse de otro modo, §. 2. *Inst. h. t.*: 3º que esta muerte se verifique incontinenti. Porque si evitado ya el peligro, mata uno al agresor, no quedará sin castigo. 4º De aquí colegimos, que si por casualidad causare yo daño á otro, cesa la accion, §. 3. *Inst. h. t.* Por ejemplo, si tirando al blanco con un dardo, hiriere á alguno, si disparando una escopeta diere á otro en la cabeza, cesa la accion, porque el caso fortuito nadie lo paga, ni en los contratos ni en los delitos. Pero se debe tener presente la limitacion de que el hecho se verifique en cosa lícita, en lugar lícito, y de un modo lícito. Así es que si uno al disparar una escopeta en un camino público, causa daño por casualidad, no deja de ser culpable, porque en sí es ilícito disparar una escopeta en un camino público.

§. MLXXXV — MXCL. II.º En la otra parte de este titulo tratamos de los capítulos de la lei aquilia, los cuales fueron muchos, segun observa muy bien Ger. Noodt en su obra *De lege aquilliã, c. 1.* Tres son los que se cuentan en la Instituta; y el segundo dejó de estar en uso tan completamente, que en el dia ni siquiera consta de qué trataba. No obs-

tante en nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 9. *sig.* hemos hecho mencion de las varias opiniones de los eruditos. El primero y el tercero aún se hallan descritos en la Instituta, y solo es necesario que manifestemos sus diferencias. Diferéncianse en el *sugeto*, en el *acto* y en el *efecto*. 1º En el *sugeto*, pues en el primer capítulo se trata solo de un siervo ó sierva y de un cuadrúpedo, por el cual los jurisconsultos entienden todo animal que pasta, como ovejas, cabras, vacas, ó que se doma por el lomo y el cuello, como el camello, el caballo, el buei que ara etc. En el tercer capítulo se trata de todas las demas cosas, en que se nos ha causado daño, v. gr. si nuestros árboles han sido talados, si nos rompen un vaso de plata. 2º Se diferencian estos capítulos en el *acto*, porque por el primer capítulo se vindica la *muerte*, y por tanto no se puede usar del derecho introducido por él, si el siervo, la vaca ó el buei han sido heridos, sino si han sido muertos; mas por el tercer capítulo se vindican todos los demas actos en que se me ha causado daño, por ejemplo, si han herido á un siervo mio, ó si me han quebrantado, quemado ó roto algo, *L. 27. §. 5. ff. h. t.* Se diferencian en el *efecto*, porque si se instituye accion por el primer capítulo, el reo está obligado á pagar el mayor valor que tuvo la cosa en el año próximo anterior. Por ejemplo, si me han matado un siervo que nueve meses ántes hubiera podido venderse en mil florines, mil florines habrá que pagarme. aún cuando en el tiempo en que me lo mataron, apenas valiese ciento. Por el contrario, segun el tercer capítulo se estima la cosa en lo que valió en los treinta dias anteriores. Así pues ya podremos describir fácilmente la accion de la lei aquilia. Se da al que sufrió el daño, ó á su heredero, contra el que causó el daño, no contra su heredero, (porque es accion penal, §. 1038. 2) para que pague lo mas que la cosa valió, dentro del año anterior. si

obro por el primer capítulo; y si obro por el tercero, el mayor valor de la cosa en el espacio de los treinta dias anteriores. Luego esta accion es penal y persecutoria de la cosa, porque fuera de la estimacion recibo algo mas por via de pena, á saber, si en el año ó mes anterior valió la cosa mas que en el tiempo en que se causó el daño; lo cual observa el emperador en el §. 9. *Inst. h. t.* Y se estima no solo la cosa determinada, sino tambien todo el restante daño, v. gr. si otras cosas por causa de esta han disminuído de precio. Por ejemplo, si tengo un tiro de cuatro caballos de sobresaliente marca y de un hermoso color igual, el que me matare uno de ellos, no solo deberá volverme lo mas que dicho caballo valió en el año próximo, sino tambien lo que esto hizo disminuir el precio de los otros tres. Otros ejemplos trae la *L. 22. §. 1. L. 23. pr. §. 1. 2. ff. §. 10. Inst. h. t.*

§. MXCII—MXCIV. III.º Siguen algunos atributos de esta accion de la lei aquilia, los cuales son tres, y vamos á esponerlos por su orden. 1º El primer atributo es que se da una accion útil por la lei aquilia en el caso de ser herido un hombre libre. Porque si bien sus heridas no pueden estimarse, admiten con todo estimacion los gastos hechos para curarse, y lo que se llama obras cesantes y daños emergentes; y el reo estará entónces obligado á pagar esta estimacion, *L. 13. ff. h. t.* 2º Otro atributo es que en esta accion los resultados se agravan negando, es decir, que si uno confiesa desde luego haber causado el daño, es condenado en el valor simple, esto es, en el mayor valor que tuvo la cosa en el año ó mes anterior; pero si se obstina en negar que él ha causado daño, y despues sale convencido, será condenado en el duplo, en castigo de la mentira y calumnia, §. 26. *Inst. h. t.* En lo cual es digna de alabanza la severidad de los romanos, que no sufrían que nadie mintiese impunemente en un acto judicial.

3º El tercero y último atributo consiste en ser triple esta acción, porque si alguno con el cuerpo causó daño al cuerpo, se llama acción *directa*; por ejemplo, si uno mató el siervo de otro. Si alguno, aunque causó daño al cuerpo, no lo hizo con el cuerpo, se llama acción *útil*; por ejemplo, si uno persuadió á un siervo ajeno á que se subiese á un árbol, y aquel se cayó de él. Finalmente, si nada se ha hecho ni al cuerpo ni con el cuerpo, y no obstante á mí se me causó daño, se llama acción en el hecho (*in factum*), v. gr. si uno desató á un siervo mio que yo tenía atado, y después se escapó. Así se expresa Justiniano en el §. *últ. Inst. h. t.* La primera acción nace de las palabras de la ley *aquila*, la segunda de interpretación de los jurisperitos, y la tercera del edicto del pretor.

§. MXCV. [Segun las *leyes 20 y 21. tit. 13. Part. 7.*, toda la doctrina de Heineccio está en observancia en nuestro reino, en cuanto los que causan algun daño, están sujetos á la pena que en ellas se señala; pero la distincion de acciones en directa, útil y de hecho, que viene á ser lo mismo, son desconocidas entre nosotros, pues no se da mas acción que la de demandar los daños en fundos.]

TÍTULO IV.

DE LAS INJURIAS.

§. MXCVI — MC. El último delito privado es la *injuria*; palabra que se toma aquí en un sentido distinto que en el título anterior. En él se llamaba injuria ó injusto lo que se hace sin derecho, §. 1081; aquí injuria significa una afrenta ó ignominia que se hace á alguno; y sobre ella examinaremos, 1º qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria, §. 4096-4100; 2º qué persecuciones se dan contra

las injurias por Derecho romano, §. 4101-4110; y 3º cuándo cesan estas acciones, §. 4111.

1.º Se pregunta, qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria? La definición es clara: es *cualquier dicho ó hecho dirigido con dolo malo á la ofrenda de otro*. De esta definición se derivan varias conclusiones. En efecto, consistiendo la injuria en un *dicho* ó en un *hecho*, se infiere que es *verbal* la que se hace con palabras afrentosas, y *real*, cuando con un hecho ofendo la estimación de otro, v. gr., empujándole, azotándole etc. Suelen añadir otras dos especies, la *escrita*, que se hace con escritos ofensivos, y la *pintada*, que se verifica por medio de pinturas. Pero no hai inconveniente en referir la escrita á la verbal, y la pintada á la real. Además, como una afrenta puede ser mayor ó menor que otra, se sigue que la injuria es *simple*, cuando no hai circunstancias que la agraven, y *atroz*, cuando median circunstancias agravantes. Estas circunstancias agravantes son, 1ª la atrocidad del hecho, v. gr. si uno ha sido azotado ó rempujado: 2ª la celebridad del sitio, por ejemplo, si uno injuria á otro en un templo, en la plaza ó en un tribunal: 3ª la dignidad de la persona, v. gr. si la injuria fué hecha á un magistrado: 4ª la solemnidad del tiempo v. gr. si uno, al casarse ó al asistir á un funeral, es injuriado, §. 9. *Inst. h. t.* Hablamos además en la definición del *dolo malo*, porque sin dolo ó ánimo de injuriar no puede haber injuria. De lo cual se infiere, 1º que un furioso, un infante, ni un loco no son reos de injuria, aunque digan ó hagan alguna cosa que sea dura é indecente, *L. 4. §. 4. ff. h. t.* 2º Que lo que se dice chanceándose, no se debe tener por injuria, *L. 3. §. 3. ff. eod.*; sobre cuyo punto debe sin embargo atenderse á la dignidad de las personas, porque si un plebeyo dice que se ha chanceado con un príncipe, ó con otra persona de alta categoría, esta disculpa no seria admisible, pues

con tales sugetos no es permitida semejante irreverencia. Cesa tambien la injuria, 3º si uno tuvo intencion, no de injuriar, sino de dar á un siervo una bofetada, y al darla se le fué la mano, y la dió á un hombre libre, *L. 3. §. 4. L. 4. ff. h. t.* Y ¿qué sucederá si, no tratando de herir á un siervo mio, sino á Ticio, herí á Mevio? Cesará entónces la accion de las injurias? No por cierto, porque el que hiere á un siervo suyo, hace una cosa licita; pero el que hiere á Ticio, que es hombre libre, delinque. 4º Por último deducimos no ser reo de injurias el que con intencion de enmendar y corregir, dijo ó hizo algo, por ejemplo, un ministro del altar, un magistrado, un preceptor. Sin embargo esta presuncion admite prueba en contrario. Si pues puede probarse que un ministro de la Iglesia se desenfrenó contra alguno, no por via de correccion, sino con ánimo de injuriar, y por satisfacer pasiones ignobles, estará obligado por la accion de injurias. Sobre esto se ve un caso en la *L. 5. §. 3. ff. Ad L. aquil.* Un zapatero que tenia de aprendiz á un muchacho, en una ocasion en que este hacia mal un zapato, le hirió con una horma en tales términos, que echó sangre por los ojos. Se preguntaba, si se daría contra el tal zapatero la accion de injurias? Se niega en dicha lei, porque si hirió, fué con ánimo de corregir: pero no obstante, por cuanto causó daño por su culpa, se concedia contra él la accion de la lei aquilia. Finalmente se dice en la definicion, *dirigido á la afrenta de otro.* Esto puede hacerse de dos modos; ó *directamente*, de manera que nosotros mismos suframos la injuria, ó *indirectamente*, causándonos la injuria por medio de alguno de nuestra familia. Por eso, v. gr. el padre tiene la accion de injurias, si su hija fué injuriada; el marido, si lo fué la mujer; el señor, si se dirige al siervo la afrenta, porque, segun el Derecho romano, al mismo siervo no se le puede hacer mas injuria que á un

perro. Pero se pregunta, ¿si tambien la mujer tiene la accion de injurias por una afrenta hecha al marido? Se niega, pues seria indecoroso que el marido fuese defendido por la mujer. Eseptuáse solo el caso de que la injuria, hecha al marido, ofenda al mismo tiempo el honor de la mujer; por ejemplo, si uno llamó al marido cabron, es igual que si hubiese llamado adúltera á la mujer: luego tanto el marido como la mujer tendrán en este caso la accion de injurias. Véase el §. 2. *Inst. L. 1. §. 3. sig. L. 11. §. 8. ff. h. t.*

§. MCI — MCX. II.º Hemos visto qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria. Ahora esplicaremos las varias persecuciones judiciales (1) que competen al injuriado. Las principales son cinco: 1ª la persecucion pretoria estimatoria; 2ª la persecucion extraordinaria criminal; 3ª la accion civil y criminal de la lei cornelia de injurias; 4ª la retorsion; 5ª la accion para conseguir la retractacion ó palinodia. I.ª La *accion pretoria estimatoria* trae origen de la maldad de un tal Luctacio Neracio, hombre perverso, segun nos dice A. Gel. *Noct. attic. lib. XX. c. 4.* Por la lei de las XII Tablas, la pena de las injurias eran veinte y cinco ases, suma considerable en los primeros tiempos de la república; pero que habiéndose aumentado despues las riquezas de los romanos, se tenia por nada. Como el tal Neracio tuviese el mayor gusto en abofetear y dar puñadas á hombres libres, acostumbraba salir de casa acompañado de un lacayo que llevaba un bolsillo de dinero. Al primero que encontraba, le daba un bofetada, y al instante echaba mano á la bolsa el siervo, y pagaba los veinte y cinco ases. Sabiendo esto el pretor, quitó la multa de los veinte y cinco ases, impuesta á los injurian-

(1) La *L. 3. tit. 9. Part. 7.* y las *LL. del tit. 25. lib. 42. Nov. Recop.* señalan penas fijas á ciertas injurias. El castigo de las demas se ha dejado al arbitrio del juez.

tes, y concedió á los injuriados la facultad de estimar la injuria en una cantidad de dinero, condenando al reo á que la pagase, y reservándose é' la facultad de moderarla, si era excesiva. Así que esta accion estimatoria se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que pague la cantidad en que se haya estimado. Por tender solo á la venganza, es odiosa, y no se concede ni al heredero, ni contra el heredero, ni pasado un año, §. 7. sig. Inst. h. t. II.ª La persecucion criminal se concedia extraordinariamente en ciertos casos: 1º por una injuria atroz; 2º por una injuria hecha al culto divino ó á los que lo desempeñan, L. 10. C. De ep. et cler.; y 4º por un libelo infamatorio, por el cual se entiende un escrito en que uno imputa á otro algun crimen infame ó capital, ya sea suprimiendo el nombre, ya espesándolo, pero esparciendo el escrito en público con fin siniestro. Por esta y la segunda causa tiene lugar la pena capital, L. ún. C. De famos. libell. Por la injuria atroz la pena es arbitraria, de destierro, azotes, obras públicas, etc. §. 10. L. ult. ff. h. t. Por lo demas debe aquí observarse que la accion estimatoria y la persecucion criminal no pueden acumularse, y mas bien se escluyen mutuamente, porque ambas son penales, y por un solo delito nadie puede ser castigado dos veces. Luego el que entabla la accion criminal, no puede pedir la estimacion; y el que entabla la accion estimatoria, no puede intentar la criminal. Las acciones que tienden á un mismo fin, no pueden acumularse, L. 6. L. 7. ff. h. t. III.ª La tercera es la accion de la *lei cornelia de injuriis*, tambien civil, es decir, estimatoria, ó criminal, que se da para que se imponga una pena arbitraria. Consiguiéndose pues lo mismo por la accion pretoria estimatoria, y la persecucion criminal, ¿hai alguna diferencia entre estas acciones, ó mas bien deberá decirse que una de las dos es superflua? Respondo que

en realidad hai una gran diferencia: 1º la accion pretoria es general, y se concede por cualquier injuria verbal ó real; la accion de la *lei cornelia* es especial, pues se da por tres injurias reales, á saber, 1ª si alguno fué azotado, 2ª si fué repujado, ó 3ª si se le impidió con violencia que entrase en su casa. Aquí *azotar* significa *herir con dolor*, y *rempujar* es *herir sin él*, L. 3. §. 1. ff. h. t. 2º La pretoria se da solo por un año, L. 5. C. h. t.: la accion de la *lei cornelia* es perpetua, y por tanto si se obra civilmente, dura treinta años, y si criminalmente, dura veinte. IV.ª La cuarta es la *retorsion*, por la cual no entendemos ninguna accion, sino la venganza privada, que consiste en que aquel que recibió la injuria, la devuelve incontinenti al otro: por ejemplo, tú mientes. — Tú sí que eres un embustero, L. 14. §. 6. ff. De bon. libert. Acerca de ella debe observarse, 1º que tansolo es permitida en las injurias verbales, no en las reales; por lo cual no quedaria impune el que habiendo sido azotado, devolviese azotes: 2º que inutiliza la accion de injurias, porque ¿con qué cara imploraria el ministerio del juez, quien se hubiese tomado la justicia por su mano? 3º La retorsion mas bien es tolerable que laudable, como contraria al ejemplo de Jesucristo, que no volvia maldiciones á los que le maldecian, y enteramente opuesta á la mansedumbre cristiana. Vª. La última es la *accion para la palinodia* ó retractacion, desconocida de los romanos y usada en algunos paises; la cual se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que este se desdiga ó retracte, y confiese públicamente haber mentido.

§. MCXI. III.º Pregúntase finalmente, cuándo cesa la accion de injurias? Hai enatro casos en que cesa: el primero es por la retorsion, de la cual hemos dicho poco há que quita la accion de injurias, por haberse hecho justicia por sí mismo el injuriado. El segundo

modo es la *remision*; porque ¿quién ha de ir á dar conocimiento á un juez de la injuria que ya ha perdonado? La remision se hace, ó *espresamente* por palabras, ó *tácitamente* por el mismo hecho, v. gr. si alguno que ha recibido una injuria, habla familiarmente, cena, bebe ó se divierte con el que se la ha hecho, §. *últ. Inst. h. t.* El tercero es la *prescripcion*, de un año, si se trata de la accion pretoria, de treinta, tratándose de la accion de la lei cornelia, y de veinte años, por lo que hace á la accion criminal, §. 1107. Pasado este tiempo, en vano se trataria de entablar accion alguna, *L. 4. De injur.* El último es la muerte, ya del injuriante, ya del injuriado, §. 1. *Inst. De perpet. et temp. act.* Poco hace hemos visto que esta accion no se da á los herederos, ni contra los herederos, porque tiende á la venganza: luego con razon espira con la muerte de cualquiera de los dos. Esceptúase solo el caso de que el pleito se hubiese contestado ántes de la muerte, *L. 13. pr. ff. h. t.*; porque por le litiscontestacion se hace una novacion, §. 1019., y lo que ántes se debia por delito, despues se debe por cuasi contrato; y por tanto puede entablarse accion por los herederos y contra los herederos.

TÍTULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI DELITO.

§. MCXII. Hemos tratado de los cuatro delitos privados, á saber, del hurto, rapiña, daño causado injustamente y de la injuria. Resta ahora hablar de los *cuasi delitos*, los cuales ya arriba hemos definido ser *unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa sin dolo malo*. Algunos dan otras definiciones, pero con poca exactitud; porque los que

dicen que el cuasi delito es una obligacion que no nace de contrato, ni de cuasi contrato, ni de delito, *pr. Inst. h. t.*, estos dicen lo que la cosa no es, pero no dicen lo que es; requisito esencial en toda definicion. Estruvio tambien incurre en el error de decir, que el cuasi contrato es una obligacion que nace de una culpa ajena que se nos imputa; pero esto tambien es manifiestamente falso, porque el juez que falla erradamente, cuasi delinque, §. 1113., y no obstante, tan léjos está de imputársele una culpa ajena, que ántes bien queda libre de pena, si la culpa fué de los asesores, *L. 2. ff. Quod quisque juris in alium stat.* Pudiera objetarse el cuasi delito de lo que se derrama ó arroja (*de diffusis et dejectis*), en el cual el hecho de la esclava ó esclavo se imputa al inquilino. Però se responde que propiamente no se imputa al inquilino el hecho del siervo ó de la sierva, sino que es culpa del mismo inquilino no tener en su casa ó familia gentes mas cuidadosas, §. *últ. Inst. h. t.* De estos cuasi delitos referiremos seis; 1º el de un juez que hace suyo el pleito, §. 1113.; 2º el de las cosas arrojadas y derramadas, §. 1114-1116.; 3º de lo suspendido y mal colocado, §. 1117-1119.; 4º el de los patronos, mesoneros y posadores, §. 1120-1122.; 5º la compasion intempestiva; y 6º la conivencia §. 1123 De paso advertiremos, que de todos los cuasi delitos nace una accion *en el hecho (in factum)*, aunque lleve diversos nombres; v. gr. la accion *en el hecho* de lo derramado y arrojado; la accion *en el hecho* contra patronos, mesoneros y posaderos, etc.

§. MCXIII. El primer cuasi delito es el de un juez que hace suyo el pleito. Hacer suyo el pleito tanto quiere decir como juzgar malamente. Aquí deben distinguirse tres casos, porque ó el juez falló mal con dolo malo, v. gr. por odio, afecto ó soborno; ó lo hizo por impericia ó imprudencia, por ejemplo, si siendo nombrado cónsul

modo es la *remision*; porque ¿quién ha de ir á dar conocimiento á un juez de la injuria que ya ha perdonado? La remision se hace, ó *espresamente* por palabras, ó *tácitamente* por el mismo hecho, v. gr. si alguno que ha recibido una injuria, habla familiarmente, cena, bebe ó se divierte con el que se la ha hecho, §. *últ. Inst. h. t.* El tercero es la *prescripcion*, de un año, si se trata de la accion pretoria, de treinta, tratándose de la accion de la lei cornelia, y de veinte años, por lo que hace á la accion criminal, §. 1107. Pasado este tiempo, en vano se trataria de entablar accion alguna, *L. 4. De injur.* El último es la muerte, ya del injuriante, ya del injuriado, §. 1. *Inst. De perpet. et temp. act.* Poco hace hemos visto que esta accion no se da á los herederos, ni contra los herederos, porque tiende á la venganza: luego con razon espira con la muerte de cualquiera de los dos. Esceptúase solo el caso de que el pleito se hubiese contestado ántes de la muerte, *L. 13. pr. ff. h. t.*; porque por le litiscontestacion se hace una novacion, §. 1019., y lo que ántes se debia por delito, despues se debe por cuasi contrato; y por tanto puede entablarse accion por los herederos y contra los herederos.

TÍTULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI DELITO.

§. MCXII. Hemos tratado de los cuatro delitos privados, á saber, del hurto, rapiña, daño causado injustamente y de la injuria. Resta ahora hablar de los *cuasi delitos*, los cuales ya arriba hemos definido ser *unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa sin dolo malo*. Algunos dan otras definiciones, pero con poca exactitud; porque los que

dicen que el cuasi delito es una obligacion que no nace de contrato, ni de cuasi contrato, ni de delito, *pr. Inst. h. t.*, estos dicen lo que la cosa no es, pero no dicen lo que es; requisito esencial en toda definicion. Estruvio tambien incurre en el error de decir, que el cuasi contrato es una obligacion que nace de una culpa ajena que se nos imputa; pero esto tambien es manifestamente falso, porque el juez que falla erradamente, cuasi delinque, §. 1113., y no obstante, tan léjos está de imputársele una culpa ajena, que ántes bien queda libre de pena, si la culpa fué de los asesores, *L. 2. ff. Quod quisque juris in alium stat.* Pudiera objetarse el cuasi delito de lo que se derrama ó arroja (*de diffusis et dejectis*), en el cual el hecho de la esclava ó esclavo se imputa al inquilino. Però se responde que propiamente no se imputa al inquilino el hecho del siervo ó de la sierva, sino que es culpa del mismo inquilino no tener en su casa ó familia gentes mas cuidadosas, §. *últ. Inst. h. t.* De estos cuasi delitos referiremos seis; 1º el de un juez que hace suyo el pleito, §. 1113.; 2º el de las cosas arrojadas y derramadas, §. 1114-1116.; 3º de lo suspendido y mal colocado, §. 1117-1119.; 4º el de los patronos, mesoneros y posadores, §. 1120-1122.; 5º la compasion intempestiva; y 6º la conivencia §. 1123 De paso advertiremos, que de todos los cuasi delitos nace una accion *en el hecho (in factum)*, aunque lleve diversos nombres; v. gr. la accion *en el hecho* de lo derramado y arrojado; la accion *en el hecho* contra patronos, mesoneros y posaderos, etc.

§. MCXIII. El primer cuasi delito es el de un juez que hace suyo el pleito. Hacer suyo el pleito tanto quiere decir como juzgar malamente. Aquí deben distinguirse tres casos, porque ó el juez falló mal con dolo malo, v. gr. por odio, afecto ó soborno; ó lo hizo por impericia ó imprudencia, por ejemplo, si siendo nombrado cónsul

un sastre, mide el Derecho, que nunca ha saludado, del mismo modo que mide el paño; ó bien el juez que no sabe el Derecho, consultó á los asesores, y segun el parecer de estos pronunció la sentencia. En el primer caso es reo de verdadero delito, y por tanto no solo paga la estimacion del pleito. sino que tambien es infamado y removido de su empleo, *L. últ. C. De pœn. jud. qui male jud.* Y si ha dejado corromperse por dinero, se puede obrar criminalmente contra él por la lei julia de peculado, *L. 4. L. 6. §. últ. ff. ad L. jul. repet.* En el tercer caso no puede entablarse accion contra el juez, sino contra los asesores que sugirieron tan mal consejo, *L. 2. ff. Quod quisque jur.* Queda pues el segundo caso, en el cual el juez es reo por un cuasi delito, por haber hecho suyo el pleito, desempeñando el oficio de juez sin saber las leyes, ni consultar á otros que fuesen inteligentes. En esto consiste su culpa. La pena es una multa arbitraria, *pr. Inst. h. t.* La accion que resulta de este cuasi delito, se llama en nuestro Derecho *accion en el hecho (in factum)*, y los glosadores y pragmáticos le dan el nombre de accion de *syndicatu*; la cual se concede á aquel contra quien se ha fallado injustamente, para que pida que al juez que juzgando indiscretamente, hizo suyo el pleito, se le imponga una pena arbitraria. Puede objetarse que esta pena es inicua, y que el actor debe imputarse á sí propio el no haber interpuesto apelacion de una sentencia injusta y absurda; pero ya hemos respondido en el *escolio*, conformándonos con la *Dicástica* de Zieglero, que por omitirse la apelacion, adquiere derecho la parte contraria, mas no por eso puede disculparse el juez, Luego si opusiera esta escepcion, se deberia desechar, por ser relativa al derecho de un tercero.

§. MCXIV — MCXVI. El segundo cuasi delito es el de las cosas derramadas y arrojadas, el cual consiste en ha-

berse derramado ó arrojado de nuestra casa alguna cosa en un paraje donde suele juntarse ó pararse la gente. Si de esta suerte se hace daño á alguno, está el inquilino obligado, aún cuando no haya sido él mismo el que derramó ó arrojó; no porque se le impute hecho, sino porque no carece de culpa, por tener en su casa gente tan descuidada. Por lo demas aquí hai que distinguir cuatro casos, acerca de cada uno de los cuales dió disposiciones en su edicto el pretor. El primero es, si por derramar ó arrojar algo se causó un daño estimable, v. gr. si se mató un siervo, ó si se manchó á alguno el vestido; y entónces se da la accion *en el hecho* á la persona interesada contra el inquilino, no contra sus herederos, por ser accion penal, para conseguir el duplo; en cuyo caso la accion es perpetua, *L. 5. §. 5. ff. De his qui effud.* El segundo caso es si se mató á un hombre libre, y por tanto se causó un daño inestimable. Entónces la accion *en el hecho* es popular, no dura mas de un año, y no compete á los herederos ni contra los herederos, *L. 5. §. 5. ff. §. 4. Inst. eod.* Por consiguiente puede entablar esta accion cualquiera del pueblo contra el inquilino, no contra sus herederos, para la pena de cincuenta áureos, que se deben pagar al actor, *L. 4. §. 5. ff. eod.* El tercer caso es, si un hombre libre no fué muerto, sino herido, ó se le causó de otra manera daño en su cuerpo. Entónces, por cuanto el dolor y las heridas no admiten estimacion, tansolo se estiman las obras cesantes, los gastos hechos en la curacion, y los demas daños sufridos, segun hemos visto arriba, en la esplicacion de la lei aquilia, §. 4092. Así esta accion se da al herido contra el inquilino, no contra los herederos, para conseguir la estimacion de las obras cesantes, y la restitucion de los gastos de la curacion y de los demas perjuicios. Tambien en este caso la accion *en el hecho* es perpetua, *L. 5. §. últ. ff. eod.* El último caso es, si consta

que era siervo el que derramó ó arrojó la cosa. Mas no estando obligado el dueño por el delito del siervo de otro modo que *noxalmente* (dando el siervo para que le castiguen), tambien en este caso se entabla la accion *noxal en el hecho* (*in factum noxalis*) para la recuperacion del daño, que compete al perjudicado contra cualquiera poseedor de este siervo, pues las acciones noxales están *escritas en la cosa* (*in rem scriptae*), §. 1146., para resarcir el daño, ó entregar el siervo para que le castiguen.

§. MCXVII — MCXIX. El tercer cuasi delito es, cuando uno tiene alguna cosa puesta ó suspendida sobre un sitio en que se detienen ó por donde pasan las gentes, cuya caída fácilmente puede causar daño. Pues aunque no haya resultado daño, no obstante, interesando á la sociedad que todos vayan sin peligro por los parajes públicos, estableció el pretor la accion popular en el hecho de diez áureos. Por tanto aquí obra cualquiera del pueblo contra el que pone ó suspende la cosa, no contra el inquilipo, para que se le paguen diez áureos. L. 5. §. 6. §. 12. ff. *eod.* Si el siervo, sin saberlo ni mandarlo el dueño, cuelga ó arroja alguna cosa, tiene lugar ademas la accion noxal; y por tanto obra entónces cada uno del pueblo contra cualquiera poseedor del siervo, para que pague los diez áureos, ó entregue el siervo para que le castiguen, L. 2. pr. ff. *De nox. act.* ¿Y si, habitando el hijo separadamente del padre, se hiciese reo de este delito ó del anterior? En este caso antiguamente se procedia tambien noxalmente contra el padre, para que pagase diez áureos, ó entregase el hijo para ser castigado; mas desde que Justiniano prohibió que se entregasen los hijos para castigarlos, §. *últ. Insi. De nox. act.*, estableció que se obrase contra el hijo, y si este fuese condenado, se daba contra el padre la accion de lo juzgado (*judicati*), solo para cuanto alcanzase el peculio, L. 57. ff. *De judic.*

Si se pone la objecion de que la accion *de peculio* no se da en los delitos, sino solo en los contratos de los hijos de familias, L. 58. ff. *De R. J.*, se responde que la accion de cosa juzgada no nace de delito, sino del cuasi contrato de la contestacion del pleito. Luego con razon se da contra el padre hasta el valor del peculio, L. 1. L. 3. §. 11. ff. *De pecul.*

§. MCXX — MCXXII. En el cuarto cuasi delito de *los patrones de barco, venteros y mesoneros*, se han de distinguir especialmente tres casos, para no confundir cosas muy diversas. Á saber, 1º si los mismos patrones, venteros ó mesoneros cometieron hurto ú otro daño en las cosas de los caminantes, ó que van de transporte, entónces son reconvenidos por *verdadero delito*; por ejemplo, por la accion de hurto, de rapiña, por la lei aquilia. Véase el primer tit. ff. *Furt. advers naut. caup. stab.* 2º Si el daño no se ha hecho por los patrones, venteros, mesoneros, sino por los estraños, v. gr. los pasajeros ó caminantes que estaban en el mismo buque, entónces se repite contra los patrones, etc., por cuasi contrato, pues cuando recibieron las cosas ajenas en la nave ó meson, se presume que prometieron custodiarlas; y por tanto en este caso aquel que ha sufrido el daño, obra contra ellos para que restituyan lo recibido, y resarzan todo el daño, L. 1. L. 3. L. 5. ff. *Naut. caup. stab. ut rest.* Por último si el daño se ha causado en las cosas del pasajero ó caminante por la familia del patron, ventero ó mesonero, se obra en tal caso por cuasi delito, pues la culpa de los patrones y socios consiste entónces en haber empleado á gente de mala conducta, L. 5. §. *últ. ff. De obl. et act.* Este caso por tanto es el único que pertenece á este título. Se concede en virtud de este contrato la accion en el hecho á aquel que sufrió el daño, contra el patron, ventero ó mesonero que recibió las cosas, no contra sus herederos, porque es penal, §. 1038. 2., para que

restituya el duplo, §. *últ. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en qué se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato, pues 1º la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2º Aquella no se da contra los herederos; esta se da contra ellos. 3º Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra son perpetuas, L. 7. §. *últ. ff. Naut. caup. stab.*; lo cual es aquí singular, siendo como son de solo un año las acciones penales pretorias, §. 1271. Pero es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato, que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apénas están hoy día admitidas, y parte porque es mas difícil la prueba en este caso que cuando se obra por cuasi contrato; pues en este prueba solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó mesón, y en el cuasi delito tengo que probar que alguno de la familia causó el daño.

§. MCXXIII. Añadimos en este párrafo dos cuasi delitos, de que no se hace mencion en las Instituciones, á saber, V.º la *misericordia intempestiva* y VI.º la *conivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal, degeneran en vicios, así tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el escribano soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la L. 7. *pr. ff. De pos.* Á la verdad en estos casos no hai lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Conivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Ciertamente si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que trabé un desafio, no hai duda que esta conivencia es digna del mayor castigo. En ambos

casos pues se dará la accion *en el hecho*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hai mas cuasi delitos que los que numera el emperador en este titulo de las Instituciones.

§. MCXXIV. [Por la *lei 26. tit. 45. Part. 7.* las penas impuestas contra los que tiene suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.]

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

§ MCXXV. Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones, pues dividiéndose estas segun los tres objetos del Derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 74, tratámos de los derechos de las personas en el libro I, y del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II, III y IV, hasta este titulo VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este titulo hasta el XVII. El titulo último es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al Derecho público que al privado.

§. MCXXVI. Observamos en la doctrina de las acciones tal orden, que antepuesta la definicion, se espiquen en este y los titulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veamos pues en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entónces pertenece al segundo objeto del Derecho, esto es, al titulo *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legitimo* de conseguir su derecho en juicio, y entónces pertenece al tercer objeto del Derecho, á este titulo de *acciones*. Ahora

restituya el duplo, §. *últ. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en qué se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato, pues 1º la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2º Aquella no se da contra los herederos; esta se da contra ellos. 3º Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra son perpetuas, L. 7. §. *últ. ff. Naut. caup. stab.*; lo cual es aquí singular, siendo como son de solo un año las acciones penales pretorias, §. 1271. Pero es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato, que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apénas están hoy día admitidas, y parte porque es mas difícil la prueba en este caso que cuando se obra por cuasi contrato; pues en este prueba solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó mesón, y en el cuasi delito tengo que probar que alguno de la familia causó el daño.

§. MCXXIII. Añadimos en este párrafo dos cuasi delitos, de que no se hace mencion en las Instituciones, á saber, V.º la *misericordia intempestiva* y VI.º la *conivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal, degeneran en vicios, así tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el escribano soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la L. 7. *pr. ff. De pos.* Á la verdad en estos casos no hai lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Conivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Ciertamente si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que trabé un desafio, no hai duda que esta conivencia es digna del mayor castigo. En ambos

casos pues se dará la accion *en el hecho*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hai mas cuasi delitos que los que numera el emperador en este titulo de las Instituciones.

§. MCXXIV. [Por la *lei 26. tit. 45. Part. 7.* las penas impuestas contra los que tiene suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.]

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

§ MCXXV. Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones, pues dividiéndose estas segun los tres objetos del Derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 74, tratámos de los derechos de las personas en el libro I, y del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II, III y IV, hasta este titulo VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este titulo hasta el XVII. El titulo último es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al Derecho público que al privado.

§. MCXXVI. Observamos en la doctrina de las acciones tal orden, que antepuesta la definicion, se espiquen en este y los titulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veamos pues en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entónces pertenece al segundo objeto del Derecho, esto es, al titulo *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legitimo* de conseguir su derecho en juicio, y entónces pertenece al tercer objeto del Derecho, á este titulo de *acciones*. Ahora

deberia Justiniano definir la accion en la significacion posterior, si quisiese observar exactamente las reglas del método; mas él la definió en la primera significacion, diciendo que es *un derecho de demandar en juicio lo que á uno se le debe, pr. Inst. h. t.* Esta definicion se resiente de dos defectos, pues 4º la accion en este título no es el derecho, sino un medio de obtenerlo. 2º No solo pedimos por la accion lo que se nos debe, sino tambien lo que es nuestro. Luego debiendo Justiniano definir la accion en general, definió una especie de accion, á saber, la accion personal. Para corregir estos errores, se dará la definicion de esta manera: *accion es un medio legitimo de conseguir en juicio los derechos, ya en la cosa, ya á la cosa, que competen á cada uno.*

§. MCXXVII. Supuesto esto, fácilmente dividiremos el título. Se esplican en él las divisiones de las acciones. 1º Unas son reales y otras personales (1), §. 1127-1171: 2º unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas, §. 1172-1174: 3º unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el duplo, otras en el triplo y otras en el cuádruplo, §. 1175-1180: 4º unas son de buena fe, otras de derecho estricto y otras arbitrarias, §. 1181-1196: 5º por unas conseguimos el todo y por otras ménos que el todo, §. 1177-1203.

I.º La primera division es, que unas acciones son *reales* y otras *personales*: aquellas se llaman *vindicaciones* y estas *condiciones*: aquellas nacen del *derecho en la cosa*, y estas del *derecho á la cosa*. Sin embargo no negamos por eso que se den *acciones mistas*, que son al mismo tiempo reales y personales. Pues aunque estas acciones se acerquen mas á las reales, ó á las personales, no impide esto que puedan llamarse mistas, como tampoco se llamaría

(1) Las acciones mistas se distinguen de las penales y reales, segun la *lei 5. tit. 8. lib. 41. de la Nov. Recop.*

puro el vino mezclado con agua, aunque la tenga en mui corta cantidad. Las acciones mistas son cuatro: la petition de la herencia, y los tres juicios divisorios, de fijar los límites, dividir lo comun, y partir la herencia (*finium regundorum communi dividundo, familiaræ erciscundæ*); y nacen en parte del derecho en la cosa, á saber, la herencia ó dominio; y en parte del derecho á la cosa, el cuasi contrato ó delito; y por tanto se conceden, ya para la restitution de la cosa, ó ya para las prestaciones personales. Esta es pues la primera division de las acciones. Ambas, tanto las reales como las personales, se subdividen en *civiles* y *pretorias*. Aquellas provienen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes; estas del Derecho honorario. La diferencia es grande por razon de la prescripcion, pues las civiles penales son perpetuas, y las pretorias suelen ser de un año, porque no dura mas el mando del pretor. Ahora consideraremos. 4º la naturaleza de las acciones en la cosa, §. 1128 y 1129; 2º las acciones que nacen del dominio, §. 1130-1132; 3º las acciones del derecho hereditario, §. 1133 y sig.; 4º las acciones de las servidumbres, §. 1135-1137; 5º las acciones del derecho de prenda, §. 1138-1140; y 6º algunas acciones mistas en la cosa, §. 1141-1144.

§. MCXXVIII y MCXXIX. I.º En pocas palabras, la naturaleza de las acciones reales consiste (a) en que todas nacen del derecho en la cosa, en el que no está obligada la persona, sino la misma cosa, como sucede en el dominio, derecho hereditario, servidumbre y prenda, §. 334. (b) En que todas estas acciones se dan contra cualquiera poseedor, ya se le conozca ó no; bien hubiese negociado conmigo, ó no hubiese negociado, *L. 25. pr. ff. De O. et A.* Ciertamente no sucede lo mismo en las acciones personales, que se dan contra aquellos que negociaron con nosotros y no contra un tercero, á no ser que sean

acciones escritas en la cosa (*in rem scriptæ*), de las que se tratará mas abajo. (c) En que el poseedor nunca se dirige contra la cosa (*numquam in rem agit*). Porque ¿quién seria tan necio que quisiese recibir del juez lo que ya tenia en su casa? Y no obstante añade Justiniano §. 2. *Inst. h. t.*, que solamente en un caso puede reclamar la cosa el que la posee (*agere in rem*); de cuyo caso dice haber tratado en los libros mas estensos del *Digesto*; por lo que investigan con mucha diligencia los doctos, cuál será este caso único. Hai quien opina ser el interdicto *Uti possidetis*, ó *Utrubi*, del cual usa el que posee. Pero antes deben probar que estos interdictos se dirigen contra la cosa, pues en general se afirma en la *L. 1. ff. De interd.*, que los interdictos se dirigen contra las personas. Aquel único caso de que habla Justiniano, es sin duda la *accion negatoria*, porque de ella usa, 1º el que está en la posesion ó cuasi posesion de la libertad: 2º de la misma accion se trata allí siempre de propósito: 3º lo confirma Teófilo, §. 2, *Inst.*, á cuyo testimonio siempre doi el mayor crédito. Véase mi *Præf. ad Vinium*. 4º El dueño no usa de *condicion*, esto es, de accion personal (*non condicat*), para reclamar su cosa, sino que la *vindica*, esto es, la persigue por accion real, §. 11. *Inst. h. t.* En el §. 1062. advertimos que se observa lo contrario en el solo caso de la *condicion furtiva*.

§. MCXXX — MCXXXII. II.º Sentados estos preliminares generales acerca de la naturaleza de las acciones reales, veamos la primera clase de ellas, que son las que nacen del *dominio*. De estas hai tres; una civil, *vindicacion de la cosa*; y dos pretorias, *publiciana* y *rescisoria*. (a) *Vindicacion de la cosa* es una accion real civil, por la que obra el dueño contra cualquiera poseedor, para que restituya la cosa con todas sus partes, acrecentamientos y frutos, segun la clase de posesion. Si el reo posee de

buena fe, restituye solamente los frutos existentes; y si de mala fe, está obligado á entregar los frutos existentes y los percibidos, y que debió percibir. Por lo demas, si obra en virtud de pleno dominio, se llama la accion *directa*; y si de dominio ménos pleno, como en la enfiteúsis, feudo ó superficie, la accion se llama *útil*. Aunque esta accion es mui natural, con razon se dice sin embargo que es difficilísima, porque el actor debe probar el dominio; cuya prueba no es tan fácil como parece, tocándole demostrar, no solo que la adquirió con buena fe, y justo título, sino tambien que su anterior poseedor era verdadero dueño, á no ser que la hubiese usucapido, pues de otro modo no podria trasferirnos el dominio que no tuvo. Siendo esto así, introdujo el pretor otra accion mas fácil, á saber, (b) la *publiciana*, llamada de este modo de cierto pretor Publicio. El fundamento de esta accion es el dominio fingido, pues si uno recibe una cosa con buena fe y justo título de quien no es dueño, finge el pretor no obstante que es verdadero dueño, aunque no lo sea, así como se dice en el §. 4. *Inst. h. t.*, que ha usucapido, no siendo cierto. Mas ¿con qué derecho puede fingir esto el pretor? Porque aquí no se procede contra el verdadero dueño, respecto del que seria injustísima esta ficcion, sino contra aquel que posee sin derecho ó con derecho mas débil, ó deja de poseer por dolo malo, para que restituya la cosa con todas sus partes, accesiones y frutos, segun la clase de posesion. Es pues mucho mas fácil esta accion, porque aquí no pruebo el dominio de mi causante, sino solo que he recibido la cosa con buena fe y justo título. (c) La accion *rescisoria* fué inventada por el mismo pretor Publicio, pues claramente se llama tambien publiciana en la *L. 35. ff. De O. et A.* y *L. 57 Mandati*, y estriba casi en el mismo fundamento que la anterior, pues así como en aquella se fingia que habia usucapido el que no usucapió, así en esta se finge que no

usucapió el que habia usucapido, *L. 5. Inst. h. t.* Por lo demas tiene lugar esta accion, siempre que el ausente por causa de la república ó por miedo usucapió mi cosa. En uno y otro caso restituye el pretor en el todo al perjudicado, y con este nombre salió la accion rescisoria, que se concede al ausente por causa de la república ó por justo miedo, y contra el presente que usucapió, para rescindir la usucapion, y que restituya la cosa con todas sus partes. Siendo pues esta accion restitucion en integro (*in integrum*), de la que se trata en el tít. *Quibus ex caus. maj. 25. ann. in integr. rest.*, duraba antiguamente solo un año. Pero Justiniano la estendió á cuatro años continuos, *L. ult. C. De temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII y MCXXXIV. III.º Sigue otra clase de acciones reales que nacen del derecho *hereditario*; las cuales son dos, á saber, la *petición de herencia* y la *queja inoficiosa*. La *petición de herencia* como advertimos en el §. 1126, es *mista*, pues en primer lugar nace del derecho en la cosa (*in re*), á saber, del hereditario; y ademas de cuasi contrato, por la administracion de la herencia comun; por lo que se pide la herencia y las prestaciones personales. Se da esta accion al heredero, ya por testamento, ya abintestato, contra aquel que posee como heredero (esto es, que juzga que él es heredero) ó como poseedor, (esto es, que posee sin justa causa, y preguntado, responde, poseo porque poseo) para que restituya la herencia con los frutos y acciones, dé cuentas y resarza los daños. Fuera de lo cual se ha de observar acerca de esta accion, 1º que es universal, pues se pide una totalidad, á saber, la herencia. 2º Que no puede entablarse contra aquel que posee por título singular, tal como el comprador de la cosa hereditaria, el donatario etc. 3º Que esta accion dura treinta años, contra la naturaleza de las acciones reales, porque es *mista*, y en

esto imita la naturaleza de la acciones personales. La *queja del testamento inoficioso* no es otra cosa que una especie de petición de la herencia; pero habiendo tratado de ella espresamente arriba en el *lib. II. tít. 18*, no hai para qué detenernos ahora en explicarla de nuevo.

§. MCXXXV—MCXXXVII. IV.º Constituyen la tercera clase de acciones reales las que se conceden *acerca de las servidumbres*. Digo *acerca de las servidumbres*, porque así se espresa tambien Ulpiano *L. 2. pr. ff. Si serv. vind.*, pues contándose aquí dos acciones, la confesoria y la negatoria, aquella nace ciertamente *de la servidumbre*, mas esta viene de la libertad natural; y por tanto mas bien puede decirse que se concede *acerca de la servidumbre* y por su ocasion, que no que nace de la servidumbre. La accion *confesoria* es una especie de vindicacion; y de aquí es que en las Pandectas está concebida la rúbrica en estos términos: *Si servitus vindicetur*, si es vindicada la servidumbre. Su fundamento es el derecho que decimos nos compete en una cosa ajena. Si pues otro nos lo niega é interrumpe este derecho, obramos contra el que lo turba, 1º para que deje de turbarnos, 2º para que resarza el daño causado, 3º para que preste caucion de no turbarnos mas en adelante; y principalmente, 4º para que se declare por el juez que nos compete este derecho. Al contrario el fundamento de la accion *negatoria* es la libertad natural: por consiguiente usa de ella el que dice que su fundo es libre por naturaleza, y esento de toda servidumbre, contra el que vindica para sí algun derecho en él, 1º para que se declare libre nuestro fundo, 2º para que desista el réo de turbarnos, 3º para que se le mande prestar caucion sobre ello, y 4º para que nos resarza todos los daños causados. Estas acciones son utilísimas y diarias en el foro. Mas la negatoria tiene de singular, 1º que aquí reclama la cosa (*in rem agit*) el que la posee; lo que

ya observámos arriba, §. 1129. 3, por el §. 2. *Inst. h. t.*, que sucedía únicamente en este caso; 2º que debiendo en los demas casos probar su accion el actor, este se halla esento de prueba, y esta carga incumbe al reo porque se presume la libertad natural, en la que pone el fundamento este actor, y la presuncion traslada al contrario la carga de probar, *L. 3. L. 9. L. 12. ff. L. 10. De probat. et præsumpt.* Sin embargo se exceptúa el caso de que el reo estuviere en la cuasi posesion de su derecho, pues entónces no le toca la prueba, sino al actor, por la regla que veremos abajo, §. 1232. 1. No obstante en muchos países se observa en el foro la práctica contraria.

§. MCXXXVIII—MCXL. V.º Forman la cuarta clase de acciones las reales que nacen del derecho de prenda, en cuanto la prenda no es contrato (pues de él solamente proviene accion personal) sino derecho en la cosa. De este derecho de prenda nacen dos acciones, reales y pretorias, de las cuales se llama la una *serviana*, del nombre de su autor, y la otra *cuasi serviana* ó hipotecaria. Aquella es especial, esta general. Dije que la *serviana* es especial, pues se concede en el único caso de que, dando uno en arriendo un predio rústico, hace que se constituya prenda á su favor. Porque entónces el locador entabla esta accion contra cualquiera poseedor de las cosas dadas en prenda, para conseguirlas y poseerlas, hasta que se le satisfaga la pension. Mas siendo general la *cuasi serviana* ó hipotecaria, se da contra toda prenda ó hipoteca constituida al acreedor; y por tanto usa de ella todo acreedor hipotecario contra cualquiera poseedor de la prenda, hasta quedar satisfecho de su deuda. Pero habiendo hablado algo arriba de estas acciones, §. 818, no nos detenemos mas en ellas.

§. MCXLI—MCXLIV. VI.º Explicadas todas las acciones

que dimanen de las cuatro especies del derecho en la cosa, añadimos ciertas acciones mistas, que se numeran verdadera ó falsamente entre las reales. Tales son 1º la *accion pauliana*, que nuestro Justiniano agrega claramente á las reales, §. 6. *Inst. h. t.*, sin embargo de que allí se pide la restitucion y juntamente los frutos; lo que por otra parte es cualidad de las acciones personales. En algun modo puede apoyar á Justiniano el que esta accion nace de la posesion pretoria de los bienes, y por tanto de derecho en la cosa, como ya notó Pagenstechero, *Aphorism. h. t.* Es cierto sin embargo, que mas pertenece la accion pauliana á las personales que á las reales. Por lo demas se concede esta á los acreedores, en cuyo fraude enajenó sus cosas el deudor, contra los que tienen estos bienes enajenados, para que los restituyan con sus frutos. 2º Cuentan igualmente los doctores los *interdictos* entre las acciones reales, que teniendo la posesion por la quinta especie de derecho en la cosa, tambien consideran acciones reales los interdictos que nacen de la posesion. Pero esto es manifestamente falso, pues (a) ya demostrámos evidentemente en el §. 334, que es un error llamar á la posesion derecho en la cosa, aunque el derecho de poseer, como contenido en el dominio, seareal. (b) Nada es mas claro que las palabras de Ulpiano *L. 1. §. 3. ff. De interd.*, que todos los interdictos (nótese que dice *todos*), aunque parezcan dirigirse á la cosa, sin embargo en sus propiedades son *personales*. 3º Mas bien se numeran entre las acciones reales las *acciones prejudiciales* (anticipadas en el juicio), en las que se litiga sobre el estado, §. 13. *Inst. h. t.* Cuantos son pues los estados de los hombres, tantas son las acciones *prejudiciales*, y el estado es, ó de *libertad*, ó de *ciudad*, ó de *familia*, §. 76. En cuanto al estado de libertad, se pregunta, si uno es ciudadano ó extranjero, cuestion de la cual trata Cice-

ron, *Orat. pro Archia poetá*. En cuanto al estado de familia, se pregunta si alguno es padre ó hijo, ó no. Todas estas controversias se llaman acciones *prejudiciales*, porque las mas de las veces se anticipan á otro juicio principal. Por ejemplo, un jóven pide la hacienda de Pedro como su hijo: los poseedores niegan que aquel es hijo legítimo; por tanto ántes de sentenciarse, se ha de averiguar si es hijo legítimo: luego es una acción *prejudicial*. En nuestras leyes se mencionan especialmente dos acciones *prejudiciales*: 1.^a *Causa sobre la libertad (liberális causa)*. Por ella obra el dueño, contra el siervo que se tiene por libre, para volverle á la servidumbre; ó el que siendo libre vive en injusta servidumbre, contra el que se tiene por dueño, para que sea aquel declarado libre. Antiguamente no podia en uno ni en otro caso presentarse en juicio aquel de cuya libertad se disputaba, porque todavía era incierto si era siervo ó libre; y el siervo no es persona para asistir al juicio. Por tanto aquel que como procurador intervenia en favor de la libertad, se llamaba *defensor (adsertor)*. Pero Justiniano quitó estos rodeos, *L. ún. C. De adsert. toll.* 2.^a *La acción de reconocer y alimentar la criatura* se concedia á la mujer ó al mismo hijo contra el padre repudiante, para que reconociese al hijo y le sustentase. Pues sucedia frecuentemente que los maridos repudiaban á sus mujeres embarazadas, y en seguida negaban que los hijos nacidos despues del divorcio fuesen suyos. De aquí es que en este caso se reconocia el vientre, y si la mujer estaba embarazada, se la ponía en custodia, para que no se supusiese que el parto era adulterino; y si nacia algun hijo entónces, tenia el marido repudiante que reconocerle y sustentarle. Es larga esta historia, y se refiere mui bien en el *tít. ff. De agnoscendo partu, ventre aspi-*

ciendo, y sigg.

§. MCXLV — MCXLVII. Concluimos el tratado de las acciones reales. Siguen las *personales*, que nacen del derecho á la cosa ó de la obligacion. Toda obligacion nace, ó inmediatamente de la equidad, ó de la lei, ó mediatemente de algun hecho obligatorio, lícito ó ilícito, §. 771 y sig. Por lo cual trataremos esta materia por este orden: consideraremos 1.^o la naturaleza de las acciones personales, §. 1145-1147; 2.^o las acciones personales que nacen inmediatamente de la equidad natural, §. 1148-1154; 3.^o la acción que nace de la lei, § 1155; 4.^o las acciones que provienen de un hecho obligatorio lícito, §. 1160-1165, y 5.^o las acciones que dimanen de un hecho obligatorio ilícito, §. 1166-1171. I.^o En cuanto á la naturaleza de estas acciones personales, advertimos, 1.^o que todas se llaman *condiciones*, así como las reales *vindicaciones*, §. 45. *Inst. h. t.*: 2.^o que todas nacen de la obligacion ó derecho á la cosa (*ad rem*): 3.^o que nunca se dan contra un tercer poseedor, (en lo que principalmente se diferencian de las acciones reales) sino contra los que negociaron con nosotros, *L. 25. pr. ff. De O. et A.* Sin embargo se exceptúan algunas acciones escritas en la cosa, que si bien personales, se dan no obstante contra cualquiera poseedor; en lo cual imitan las acciones reales. Su catálogo debe fijarse en la memoria, especialmente no siendo, como no es, prolijo. Esta son (a) por causa de miedo (*quod metus causa*), (b) la acción *pauliana* de que se ha hablado poco hace; (c) para exhibir (*ad exhibendum*); y (d) para detener el agua y la lluvia (*aquæ ei aquæ pluvix arcendæ*). 4.^o Las acciones personales son tambien ó civiles ó pretorias, §. 23. *Inst. h. t.* Esto en cuanto á la naturaleza de estas acciones en general.

§. MCXLVIII — MCLIV. II.^o Llegamos ya á las especies de acciones personales, y desde luego á su primera clase, en la que contamos todas las que nacen inmediatamente de

sola la equidad natural. Tales son 1^o la accion para exhibir. Exhibir es presentar públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion, cuando queremos vindicar una cosa mueble, y no sabemos si es verdaderamente nuestra ó no. Por ejemplo, se me ha robado un libro; oigo que Pedro ha comprado uno que, segun se me describe, juzgo ser el mio; pero como no obstante no lo sé de cierto, y Pedro no quiere enseñármelo, puedo entablar la accion para exhibir. Obra pues para exhibir aquel, á quien por derecho le interesa la cosa, contra cualquier poseedor de la cosa que juzgo mia, (pues poco ántes vimos que es accion escrita en la cosa) para que exhiba la cosa, ó de no exhibirla satisfaga el daño, *L. 3. §. 4. L. 9. §. pen. L. 10. seq. Ad exhib.* De modo que por sola la equidad está obligado otro á exhibirme la cosa, es á saber, por la regla de que *estamos obligados á hacer lo que no nos perjudica, y aprovecha á otro.* 2^o La accion de dar cuentas (*de edendo*), tiene lugar en las negociaciones con los banqueros que ejercen con autoridad pública el oficio de cambiar letras. Aquel pues que ha negociado con ellos, tiene contra los mismos ó sus herederos la accion de que le den cuentas ó paguen lo que interese, *L. 4. pr. L. 6. ff. De edend.* 3^o Los *interdictos*. Porque ¿qué cosa mas justa que amparar á uno en la posesion, miéntras no haga ver otro su derecho por los medios legales? Pero como luego hablaremos de los *interdictos* en un título particular, á saber, el tit. XV, no diremos aquí nada. 4^o Las *restituciones en íntegro*. Movido el pretor por la equidad, rescindia aquellos negocios que subsistian por derecho estricto y riguroso, hallando justa causa, y por esta razon concedia la restitucion *en íntegro*. Semejantes justas causas eran seis: 1^a la fuerza y miedo; 2^a el dolo; 3^a la menor edad; 4^a la ausencia por causa de la república; 5^a la privacion del derecho de ciudadano (*capitis diminutio*), y 6^a la enajenacion,

á fin de mudar el juicio. No teniendo hoi dia especial uso las dos últimas, solo trataremos de las cuatro primeras. (a) La primera es la accion por causa de miedo. Si uno me quita algo por fuerza ó miedo, se ha de examinar, si el negocio es de buena fe ó de derecho estricto. Si el negocio es de buena fe, entónces es nulo *ipso jure*, porque nada es mas contrario á la buena fe que la fuerza y miedo. *L. 116. ff. De R. J.* Luego en este caso no es necesaria la restitucion *en íntegro*, porque ¿á qué rescindir lo que ya es nulo? Pero cuando el negocio es de derecho estricto, vale conforme á él, porque la voluntad forzada tambien es voluntad, *L. 21. §. 5. ff. Quod met. caus.* Mas el pretor rescinde semejante negocio por la accion por causa de miedo, que compete á aquel, á quien se le ha sacado alguna cosa por fuerza ó miedo, contra cualquiera poseedor de ella, pues tambien esta accion es escrita en la cosa, para que la restituya, ó de lo contrario pague el cuádruplo, *L. 9. §. 8. L. 12. L. 14. §. 7. ff. eod.* Por lo demas esta accion se da en el cuádruplo solo dentro de un año (hoi dentro de cuatro años), y despues del año, solamente en el tanto (*in simplum*), *L. 14. §. 1. y sig. §. 11. ff. eod.* Noodt fué el primero que espuso brillantemente la doctrina de la diferencia de esta accion en los negocios de buena fe y de escrito derecho, *De form. emend. doli mali, c. 16. p. 382.* (b) La accion de dolo malo es necesaria, cuando uno ha sido perjudicado por dolo de otro. Pero tambien aquí ha de distinguirse, si el negocio es de buena fe, ó de derecho escrito. Si es de buena fe, da entónces el dolo causa al contrato, ó es incidente. Si da causa, es nulo el contrato, y por tanto no hace falta la restitucion. Si es incidente, se enmienda el dolo por la accion de aquel contrato, *L. 7. pr. ff. De dolo malo.* Mas si el negocio es de derecho estricto, entónces concede el pretor la accion de dolo, que compete al perjudicado, con

tal que la lesion esceda de dos áureos, *L. 7 §. últ. ff. eod.*, contra el que causó el daño con dolo malo (no contra su heredero), para que restituya con todas sus partes la cosa perdida por dolo, ó en su defecto satisfaga cuanto el actor juró en el pleito que valia, *L. 18. pr. ff. eod.* Esta accion dura dos años, *L. últ. C. eod.* (c) La tercera accion, por la que socorre el pretor á los menores perjudicados, no tiene nombre particular, porque el pretor no nombra juez pedáneo en esta causa, sino que conoce de ella estraordinariamente, *L. 24. §. últ. De minor.*; pero se concede esta accion á los que han sido perjudicados en su menor edad, contra los que causaron el perjuicio, para que se rescinda el negocio y los menores reciban íntegro su derecho, *L. 12. L. 13. §. últ. L. 14. L. 24. §. 8. L. 28. ff. De minor.* Dura esta accion cuatro años, contados desde el tiempo en que hayan llegado á la mayor edad, *L. últ. C. De temp. in integr. restit.* (d) La accion rescisoria (por la que los ausentes por causa de la república, ó los que tienen justo miedo, son restituidos contra los presentes, ó los presentes contra cualesquiera ausentes) pertenece en verdad á las restituciones *en íntegro*; pero no es accion personal, sino real, de la que se ha tratado ya en su lugar, §. 1132. 5º La *condiccion sin causa* se da al dueño de una cosa contra el que la posee sin justa causa, para que la restituya, *tit. ff. De condict. sine caus.* Tambien esta nace de sola la equidad que no permite que otro posga mi cosa con daño mio. 6º La *accion pauliana*, por la que revocan los acreedores lo que se ha enajenado en fraude suyo. Pero de esta accion tratámos prolijamente en el §. 1141. Semejantes á ella son 7º la *accion fuviana* y la *calvisiana*, así llamadas de los pretores que las introdujeron; las que se conceden al patrono, en cuyo fraude hizo enajenaciones el liberto, para que el patrono no hallase tan pingüe la herencia,

§. 112, 4. 5, contra cualquiera poseedor de las cosas enajenadas, para que las restituya, *L. 1. §. 11. 12. 26. ff. Si quid in fraud. patr.* La diferencia entre estas acciones es que la *favian*a tiene lugar, cuando el patrono murió con testamento, y la *calvisiana*, si el heredero lo es abintestato, *L. 1. §. 5. 6. L. 3. ff. eod.*

§. MCLV. III.º En la otra clase de acciones personales que inmediatamente nacen *de la lei*, solo ocurre una accion á saber, la *condiccion por la lei* (*condictio ex lege*), que tiene lugar, siempre que 1º una lei nueva introduce nueva obligacion, y sin embargo 2º no designa cierta y especial accion por la que se ha de reclamar aquel derecho, *L. ún. ff. De cond. ex leg.* Así, por ejemplo, la donacion es un pacto; los pactos no producian obligacion; mas en la *L. 35. §. últ. C. De donat.*, se estableció que el donante que prometia dar algo, quedase absolutamente obligado á la entrega. Pero como en dicha *L. 35.* no se señala accion cierta, deberá el donante entablar la accion ó *condiccion* de la *L. 35. §. últ. C. De donat.*

§. MCLVI — MCLIX. III.º La tercera clase comprende las acciones personales que povienen de un *hecho lícito*. El hecho obligatorio lícito se llama *convencion*: la *convencion* es, ó pacto ó contrato; el contrato, ó verdadero ó cuasi contrato; verdadero, ó nominado ó inominado; e inominado, ó real, ó verbal, ó literal, ó consensual. Examinaremos pues 1º las acciones de los pactos, §. 1155-1159.; 2º de los contratos verdaderos nominados, §. 1160-1163.; 3º de los inominados, §. 1164.; y 4º de los cuasi contratos, §. 1165.

I.º Los pactos son simples ó calificados. Aquellos no producian entre los romanos ninguna obligacion, sino solamente escepcion: en el día obligan todos los pactos celebrados válidamente con ánimo deliberado. Por tanto tambien producen accion, que unos llaman *de lo estipulado*, y otros juzgan debe llamarse *condiccion por la lei* ó

la costumbre; pero poco nos importa saber su nombre. *Pactos calificados* son los que producen accion; y como les asiste la lei, el pretor, ó el contrato á que están unidos, los primeros se llaman pactos legítimos, los segundos pretorios, y los últimos pactos añadidos á los contratos (*pacta adjecta*). (a) De todos los pactos *legítimos* nace la *condicion por la lei*; mas de ella hablamos en el §. 1155. (b) Los pactos *pretorios* son tres: la hipoteca, la promesa de dinero (*constituta pecunia*), y el acto de deferir al juramento estrajudicial. De la *hipoteca*, ó derecho constituido en la prenda, nace la *accion euasi serviana ó hipotecaria*; pero esta no pertenece aquí, porque es real. Hablamos de ella en el párrafo 1140. El *dinero prometido* es un pacto reiterado, por el que promete uno pagar por sí ó por otro. Porque pareciendo feo al pretor que repetidamente se faltase á la fe, por semejante pacto repetido concedía la *accion de la promesa de dinero* á quien se prometió el dinero, contra el prometedor ó su heredero, para que cumpliese lo prometido, §. 9. *Inst. h. t.* Últimamente, cuando se deferia al juramento estrajudicial, nacia la *accion en el hecho de juramento (in factum de iurejurando)*, que se concedia al que juraba, defiriendo otro á su juramento, que se le debía algo, contra el que defirió á este juramento, para que pagase lo que el actor juraba que se le debía, §. 11. *Inst. h. t.* Y estas son las acciones de los pactos pretorios. (c) Los *pactos añadidos á los contratos de buena fe*. Estando estos agregados á los contratos, y considerándose como parte de ellos, producen la misma accion que los contratos á que están añadidos. De aquí es, por ejemplo, que si el pacto está unido á la *compra*, nacerá la accion de lo comprado (*empti*), si á la prenda, la accion *pignoratitia* etc. *L. 7. §. 5. ff. De pact.*

§. MCLX — MCLXIII. II.º Esto en cuanto á las acciones que provienen de los pactos. Siguen las que nacen de los

verdaderos contratos. Pero aqui se nos permitirá ser mas breves, porque de todos se ha tratado ya arriba en sus títulos, y así solo formaremos su catálogo. Los contratos verdaderos son ó nominados, ó inominados, §. 779. Los *nominaos*, ó reales, ó verbales, ó literles, ó consensuales, §. 796. (a) Los *reales* son cuatro; mutuo, comodato, depósito y prenda. Del *mutuo* nace la accion ó condicion cierta de mutuo (*certi ex mutuo*), de la que hablamos en el §. 796. Del *comodato* se da la accion de *comodato, directa y controria*. De una y otra hablamos en el §. 803 y sig. Del *depósito* se da la accion de *depósito, directa y contraria*, las que describimos §. 814-817. De la *prenda* nace la *pignoratitia directa y contraria*, cuya naturaleza espusimos en el §. 824 y sig. (b) Hoi dia no hai mas que un contrato *verbal*, la *estipulacion*, y la accion que de ella nace se llama *condicion cierta ó incierta de lo estipulado (condictio certi vel incerti ex stipulatu)*. De ella se ha hablado lo bastante en el §. 834 y sig. (c) El *literal* es tambien único, á saber, cuando ha confesado uno en su recibo que debe algo. Entónces si el vale tiene mas de dos años, compete contra el que le firmó la *condicion literal del vale (ex chirographo)*, que esplicamos en el §. 894. 1. (d) Los contratos *consensuales* son cinco: compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato. En la *compra y venta* tiene el comprador la accion de lo comprado (*empti*), y el vendedor la accion de lo vendido (*venditi*); y ambas son *directas*. Las describimos en el §. 912 y sig. En la *locacion y conduccion* se da al locador la accion de lo dado en arriendo (*locati*), y al conductor la accion de lo tomado en arriendo (*conducti*), que tambien son *directas*; y hablamos de ellas de propósito en el §. 927 y sig. De la *enfitéusis* nace la accion *enfitéutica*, por ambas partes *directa*, de que se ha tratado en el §. 939. En la *sociedad* compete á los socios entre sí la

accion de sociedad (*pro socio*), por ambas partes *directa*, cuya naturaleza hemos explicado en el §. 951 y sig. En el *mandato* se obra por la accion de *mandato*, y se concede al mandante la accion *directa*, y al mandatario la *contraria*. Acerca de una y otra, véase el §. 962 y sig.

§. MCLXIV. III.º Llegamos á los contratos *inominados*, que son cuatro: doi para que des; doi para que hagas; hago para que des; hago para que hagas. De todos ellos nace una accion general, que se llama accion en el hecho ó por palabras prescrites (*in factum ó præscriptis verbis*), ó porque no existia fórmula de esta accion en la tabla del pretor, y por tanto se habian de determinar las palabras por algun juriconsulto, como conjetura Bern. Brisson. *De form. vet. rom. lib. V. p. 385.*, ó porque se habian de anteponer y fijar las palabras de la convencion, añadiéndoles la accion en el hecho (*in factum*), como de la *L. 1. fin. ff. De præscript. verbis*, colige Em. Merillio, *Obs. lib. VIII. c. 16*. Se da esta accion en el hecho ó por las palabras prescrites, á aquel que por su parte dió ó hizo algo, contra el que prometió dar ó hacer una cosa, para que cumpla el conreto, ó lo que importe, *L. 5. §. 1. De præscr. verb.*

§ MCLXV. IV.º Siguen los *cuasi contratos*; acerca de los cuales bastará atender al catálogo de las acciones, porque todas se han descrito ya arriba en sus lugares correspondientes. Los cuasi contratos son (a) la *agencia de negocios*, de la que nace la *accion de los negocios hechos* (*negotiorum gestorum*), *directa* y *contraria*, la que describimos en el §. 972 y sig. (b) La *tutela*, de donde nace la *accion de tutela*, *directa* y *contraria*, sobre la cual véase arriba el §. 976 y sig. (c) La *comunion de la herencia*; de donde se deriva la *accion de partir la herencia* (*familiæ erciscundæ*), *mista* y *doble*, de la que se trató de propósito en el §. 982. (d) La *comunion de cosas*, de donde nace la

accion de *dividir lo comun* (*communi dividundo*), que esplicamos en el §. 983. (e) La *adicion de la herencia*, que produce la accion personal de *testamento*, descrita en el §. 986. (f) La *paga de lo indebido* (*indebiti solutio*), de la que proviene la *condicion de lo indebido* (*condictio indebiti*), de la que se trató prolijamente en el §. 991. (g) *El recibimiento que hace el patron del barco, ventero ó mesonero de las cosas de los caminantes*, de donde nace la accion de lo recibido (*de recepto*) contra los patrones, venteros ó mesoneros, de que se ha tratado largamente en el §. 1124. *El cuidado de los funerales*. Pues si alguno satisfizo tales gastos ántes de adirse la herencia, propiamente no es *mandato*, porque nadie se lo encargó; ni *agencia* de los negocios, porque todavía no hai heredero, y no pueden administrarse los negocios del difunto. Sin embargo el pretor concede la *accion funeraria* al que hizo los gastos del entierro, contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenece el encargo de hacer las exequias, para que los restituya, *L. 14. L. 15. ff. De religios.* Y esta accion es tan privilegiada, que es preferido el actor á todos los demas acreedores.

§. MCLXVI — MCLXXI. V.º Resta la cuarta parte de acciones personales que nacen de *hecho ilícito* ó de *delito*, el cual es ó verdadero ó cuasi delito, §. 1034. Verdaderos son primeramente los cuatro delitos privados, á saber, el *hurto*, del que nace la *condicion furtiva*, que es persecutoria de la cosa, y la *accion del hurto* que se da para la pena. De aquella tratamos en el §. 1062., de esta en el §. 1063. (b) La *rapiña*, en la que puedo obrar por la *accion de hurto manifesto* ó por la *accion de rapiña* (*vi bonorum raptorum*) descrita en en el §. 1076 y sig. (c) El *daño causado con injuria*, que se vindica por la accion de la lei aquilia, que esplicamos en el §. 1087 y 1091. (d) La *injuria*, de donde nace la *accion de injurias* pretoria, y por la

lei cornelia. En el §. 4402 y sig. se halla la naturaleza y diferencia de ambas. Tambien hai ademas algunos otros delitos, de que no se trata en las Instituciones sino en las Pandectas, como (e) la alteracion de lo escrito (*album corruptum*); pues si alguno rayaba, borraba ó alteraba el escrito del pretor, que se ponía públicamente en una tabla ó pared dada de blanco, en el que fijaba los edictos y fórmulas de las acciones, cualquiera del pueblo tenia la accion de alteracion de lo escrito (*de albo corrupto*) contra el que lo borraba ó alteraba, para que pagase 500 sueldos de oro, *L. 7. pr. ff. De jurisd.*; por lo que esta accion era popular. (f) *El delito del que establecia en la magistratura algun derecho nuevo é injusto, ó del que lo obtenia del magistrado*. Contra aquel competia la accion en el hecho (*in factum*), por la que se usaba contra él del mismo derecho. Hé aquí el derecho del talion, que se explica elegantemente en la rúbrica *ff. : contra cualquiera ha de usarse del mismo derecho que él ha establecido respecto de otro*. (g) *El delito del que no obedecia al que administraba justicia*, esto es, del que procuraba que no llegase el negocio á ejecucion, ó se oponia á esta abiertamente. Contra él se daba la accion en el hecho, para lo que interesaba, *L. ún. ff. Si quis jus dic.* (h) *El delito de los que eximian del juicio por fuerza á uno que estaba llamado á él, los cuales eran reconvenidos por la accion en el hecho, en lo que el actor estimaba el asunto*, *L. 5. §. 4. ff. Ne quis eum qui in jus.* (i) *El delito del que dando algun aviso con dolo malo, hacia que alguno no siguiese el juicio*. Y contra este se daba la accion en el hecho, para que resarciese lo que se habia perdido, *L. 3. pr. ff. De eo, per quem factum erit.* (k) *La calumnia*, de cuyo delito son reos los que recibieron dinero para molestar á uno con un pleito calumnioso, ó para no molestarle. Contra estos se daba la accion en el hecho de calumniadores, dentro de un año en el

cuádruplo, pasado aquel en el tanto, *L. 4. ff. De calumn.* (l) *El delito del que recibia algo para un fin torpe*. Pero aquí ha de distinguirse, pues si el que lo dió, interviene en el hecho impuro, nada recobra; si ambos tienen parte en él, tampoco puede repetirse lo que se ha dado, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee. Mas si la fealdad del hecho la cometió solo el que recibió el dinero, compete al que se lo dió la *condicio ob turpem causam*, contra el que lo recibió, para que lo restituya. Véase el §. 992. (m) *El delito del que corrompió al siervo ajeno*. Dícese corromper, cuando se pervierte su ánimo, persuadiéndole, por ejemplo, á la fuga ó incitándole al robo. Contra él se concede al dueño la accion del siervo corrompido (*servi corrupti*), en el duplo de lo que se deterioró el siervo, §. 23. *Inst. h. t.* (n) *El delito del medidor* que fijó en los campos ó heredades límites falsos. Pues desempeñando los agrimensores una profesion média entre los eruditos y las gentes ignorantes, sus trabajos eran en algun modo liberales, y por tanto no les cuadraba la accion de lo arrendado (*locati*), que solamente se daba en las obras mecánicas. El pretor pues concedió la accion en el hecho, á fin de resarcir el daño que alguno hubiese sufrido, *L. 1. pr. L. 3. §. 4. L. 5. §. 4. ff. Si mens. fals. mod.* (o) *Las cosas que un cónyuge quita al otro*, de las que y de la accion de las cosas quitadas por uno de los cónyuges al otro (*rerum amotarum*), hemos hablado en el §. 4094. (p) *El delito de los tutores sospechosos*, cuya accion hemos explicado en un título particular, §. 302. (q) *La accion de distraer las cuentas* (*de distrahendis rationibus*), de que tambien se ha tratado en el §. 263. Estos son los delitos verdaderos. De todos los *quasi delitos* hace una accion en el hecho, aunque tenga diversos nombres, así como la accion en el hecho contra el juez que hace suyo el pleito; la accion en el hecho de lo derramado y arrojado; la accion en el hecho de lo que se pone y

cuelga; y la acción en el hecho *contra los patronos de barcos, mesoneros y venteros*; de todas las cuales hemos hablado con separación en los §§. 4113. — 4122.

§. MCLXXII — MCLXXIV. Concluimos la primera división de acciones, en personales ó reales. Siguese la segunda, conforme á la cual son las acciones, unas *persecutorias de la cosa*, otras *penales*, otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las que reclamamos lo que se nos debe ó falta á nuestro patrimonio, cuales son, 1º todas las acciones reales. 2º Todas las acciones que nacen de la equidad natural, de los pactos y contratos, esceptuando solo *la acción del depósito miserable*, la cual se concede en el duplo; y por tanto es juntamente penal, cuando el depositario niega el depósito dolosamente, §. 842. 3º De los delitos nacen dos acciones puramente persecutorias de la cosa, á saber, *la condicción furtiva*, de la que se habló en el §. 4062, y la acción de cosas quitadas por un cónyuge al otro (*rerum amotarum*), §. 4044. *Penales* son aquellas, por las que pedimos solamente una pena. Estas son pocas, y únicamente nacen de los delitos. Á ellas pertenece en primer lugar la acción de hurto, §. 4063; las acciones de injurias, §. 4102 y sig.; la acción de alteración de lo escrito (*de albo corrupto*), §. 4168; la acción de lo que se pone y cuelga (*de posito et suspenso*), §. 4118; y últimamente la acción de lo derramado y arrojado (*de effusis et ejectis*), si ha sido muerto un hombre libre, §. 4115. *Mistas* son aquellas por las que reclamamos lo que nos falta, y juntamente una pena. Tales son, 1º la acción del depósito miserable, por la que, consiguiendo el cuádruplo, se nos entrega la cosa y se impone la pena, §. 842; 2º la acción de los legados dejados á lugares santos, ó como vulgarmente se dice, piadosos (*ad pias causas*). Pues si el heredero niega que debe este legado, ó es moroso y no lo paga á debido tiempo, es condenado en el duplo; lo que contiene el

legado y la pena, §. 49. *Inst. h. t.* 3º Todas las demas acciones nacen de los delitos y cuasi delitos, de que hemos tratado de propósito en el §. 4166 y sig. No obstante entre estas acciones hai algunas diferencias notables, pues 1º las acciones persecutorias de la cosa siempre son perpetuas, esto es, duran 30 años, ó al ménos largo tiempo, si son reales. Las penales y mistas duran perpetuamente, si son civiles; mas si nacen del edicto del pretor, ordinariamente espiran al año. 2º Las acciones persecutorias de la cosa se dan á los herederos y contra los herederos; las penales y mistas no se conceden contra los herederos, y aún si se dirigen solamente á la venganza, tampoco usan de ellas los herederos. 3º Las acciones persecutorias de la cosa no infaman ordinariamente aunque intervenga dolo, *L. 36. ff. De O. et A.*, esceptuándose los cuatro contratos famosos, cuyas acciones producen infamia, *tutela, depósito, sociedad y mandato*, §. 785. Mas de las penales y mistas la mayor parte infaman.

§. MCLXXV — MCLXXX. Ahora corresponde la tercera división de las acciones, segun la cual unas se dan en el tanto, otras en el duplo, otras en el triplo, otras en el cuádruplo, §. 21. *Inst. h. t.*, pues por la jurisprudencia romana nunca pasan las penas pecuniarias de esta cantidad. Sucede á veces, en verdad, que se venden todos los bienes y se aplican al fisco, como en el crimen de Estado ó de lesa majestad; pero aquí no hablamos de los juicios públicos, sino de las acciones privadas, respecto de las que es verdadera la regla fijada. 1º Se conceden en el tanto (a) todas las acciones persecutorias de la cosa, porque por ellas no trato de lucrar, sino de evitar un daño, y por tanto debo contentarme con el valor. Qué acciones sean persecutorias de la cosa, lo dijimos en el §. 4173. (b) Algunas penales mistas anuas, que dentro de un año se conceden en el cuádruplo ó duplo, y pasado este tiempo

en el tanto. Tales dijimos arriba que eran la accion de rapiña, § 4076 y sig., la accion por causa de miedo, §. 1151., y la accion de los calumniadores, §. 1169.

2º Las acciones en el duplo son de dos maneras, pues ó puedo pedir desde un principio el duplo, ó lo pido despues, porque se oculta la verdad, ó por la tardanza; en cuyo último caso se dice que crece la demanda por la no contesion del reo ó por su tardanza. Del primer género son las acciones de hurto no manifesto, §. 1058., del siervo corrompido, §. 1169. 8., de distraer las cuentas, §. 163., y otras semejantes. Del segundo género son la accion de la lei aquilia, §. 1093., y la accion de los legados dejados á lugares santos, §. 1174.

3º El Derecho justiniáneo hace mencion de una accion en el triplo, que hoy día no tiene ningun uso; la cual se concedia contra el que estimaba en mas de lo justo el proceso, con el fin de que los procuradores ó ejecutores del pleito exigiesen mayor cantidad con el nombre de adehalas ú otro, §. 24. *Inst. h. t.* Pero no cobrándose en el dia las costas del pleito á prorata del valor que contiene el proceso, sino con arreglo á la equidad, no puede tener ningun uso esta accion.

4º Tambien en el cuádruplo se dan algunas acciones desde el principio, y otras despues de resultas de la contumazia. Tenemos ejemplos del primer género en la accion de hurto manifesto, §. 1058., la de rapiña, §. 1076., y la de los calumniadores, §. 1169. Es ejemplo del último género la accion por causa de miedo, que al principio solo se dirige á que el juez mande restituir la cosa quitada por fuerza ó miedo; mas si el reo no obedece á esta disposicion del juez, es condenado por la contumazia en el cuádruplo, §. 1151. Pero toda esta division no es en el dia de grande uso, 1º porque en la mayor parte de los países determina la legislacion la cantidad cierta de las penas pecuniarias; y en parte 2º porque segun la costumbre de nuestras legislaciones, rara vez se

adjudica la pena al actor, sino que comunmente la percibe el fisco.

§. MCLXXXI—MCXCI. Sigue la cuarta division de las acciones. Unas son *de buena fe*, otras *de derecho estricto*, y otras *arbitrarios* (1). Por tanto examinaremos aquí 1º el origen de esta diferencia, §. 1181-1184; 2º qué sean estas acciones, §. 1185.; 3º cuáles son las de buena fe, de derecho estricto y las arbitrarias, §. 1186-1189; 4º cómo se diferencian en el efecto, §. 1190 y 1191; y 5º á las que, á ejemplo de Justiniano, añadiremos un apéndice de la peticion de mas de lo que se debe, §. 1192-1196.

1º *El origen de esta diferencia se ha de buscar en el antiguo modo de litigar.* Los magistrados romanos no dirigian por sí mismos todo el pleito, sino que hecha la citacion, se espresaba con cierta fórmula la obligacion de presentarse á su tribunal; es decir, que afianzaba el reo presentarse de nuevo al segundo dia. Luego que esto llegaba, el pregonero en voz alta citaba al reo presente, contra el cual entablaba el actor la accion con una breve fórmula, por ejemplo: *digo que me debes ciento por mutuo.* Tambien el reo oponia su escepcion con una breve fórmula, por ejemplo: *y yo lo niego, porque en virtud del senadoconsulto macedoniano no queda obligado el hijo de familia.* El actor replicaba: *digo, que siendo de tu derecho* (tui juris) *has renunciado á esta escepcion.* El reo contestaba segunda vez: *niego que haya renunciado.* Así entendia el pretor al momento los derechos de las partes y el punto de la cuestion. Consistiendo pues la dificultad de la disputa en saber, si el reo habia renunciado el senadoconsulto macedoniano, siendo ya de su derecho, y siendo esta cuestion de hecho no restaba sino averiguar la verdad de este hecho. Mas esto no lo hacia el pretor por sí mismo, sino que comisionaba á algun jurisperito que oyese los

(1) Están tambien adoptadas en España las acciones arbitrarias en la lei 23. tit. 4. Part. 3., tomadas en un todo del Derecho romano.

testigos y diese su parecer. Este jurisperito en los negocios de derecho estricto se llamaba *juez*, y en los de buena fe y arbitrarios *árbitro*. Mas en nuestra jurisprudencia se llaman indistamente *jueces pedáneos*, porque no administraban justicia en los tribunales como el pretor, sino en sillas puestas debajo del tribunal del pretor, y por tanto colocados en cierto modo á sus piés. Trataron eruditamente de este asunto los doctísimos triunviros, Franc. Poletto en la *Historia del foro romano*, Gerh. Noodt en el opúsculo *De la jurisdicción*, lib. 1. c. 3. y sig. y Cristóval Celario, *Del orden de los juicios romanos*. Mas para que no sentenciasen á su arbitrio los jueces, el pretor les prescribía la fórmula, la cual era de tres maneras; pues ó espresaba la suma en que habia de ser condenado el reo, por ejemplo: *si aparece (por la prueba) que Ticio debe á Mevio ciento, y que Mevio ha renunciado al senadoconsulto macedoniano, condénale en ciento*. Si se hacia esto, se llamaba la acción de derecho estricto; y entónces estaba el juez tan ligado á la fórmula, que no podia condenar en mas de ciento, ni agregar intereses, frutos ni gastos. Ó el pretor no espresaba en la fórmula la suma, sino que dejaba al juez la facultad de juzgar con arreglo á equidad (*ex æquo et bono*); y entónces era la fórmula: *Si aparece que Ticio debe á Mevio por compra, condénale en lo justo conforme á la buena fe (ex fide bonâ)*. En la acción de las cosas de la mujer, en lugar de las palabras *conforme á la buena fe (ex fide bonâ)*, se usaba de la fórmula *en lo que sea mas justo (quantum æquius melius)*: en el antiguo contrato de confianza (*fiduciâ*) §. 195., se usaban las palabras *como suele tratarse entre hombres de bien (ut inter bonos benè agier oportet)*. Y si se ponía semejante fórmula, se denominaba contrato de buena fe; y entónces podia el juez imponer ademas de la suma debida otras cosas, como intereses, frutos, la estimacion, los daños etc.

Ó últimamente el pretor fijaba en su fórmula dos casos, mandando por el primero al juez que condenase al reo, á que restituyera la cosa; y si era contumaz el reo y no queria restituirla, daba facultad al juez de condenarle en mas. La fórmula entónces era esta: *Si aparece que Ticio quitó á Mevio por fuerza y miedo ciento, mándale que los restituya. Si no los restituye por tu mandato, condénale en el cuádruplo*. Entónces se llamaba la acción *arbitraria*, porque el juez podia señalar cuánto debia restituirse, y en seguida si el reo no obedecía á su fallo, podia condenarle en mas; á la verdad no siempre en el cuádruplo, sino á veces en lo que habia jurado el actor en el pleito. Por tanto el origen de todas estas diferencias entre las acciones ha de traerse de las diversas fórmulas, de que usaba el pretor al nombrar el juez pedáneo ó árbitro. II.º Ahora pues fácilmente se manifiesta tambien qué sean estas acciones. Esto lo enseñarán las definiciones. La *acción de derecho estricto* es aquella en que la potestad del juez de tal manera está sujeta á la fórmula, ó en el día á la convencion de las partes, que no puede señalar mas que cierta y espresa cantidad, L. 99. *De V. O. Acción de buena fe* es aquella en que se permite al juez ó al árbitro, que con arreglo á equidad estime cuánto debe satisfacer el uno al otro, §. 30. *Inst. h. t. Acción arbitraria* es aquella en que el juez ó el árbitro estimaba primero cuánto debia restituirse; mas si no obedecía el reo, le condenaba en mas por la contumazia; por ejemplo, en el cuádruplo, ó en cuanto jurase el actor en el pleito, Teófil. *Paraph. §. 31. Inst. h. t.* III.º Mas se pregunta por último, ¿qué acciones eran de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias? ¿Estaba en el arbitrio del pretor prescribir la primera, la segunda ó la tercera fórmula á su voluntad? De ningun modo, sino que observaba ciertas reglas. 1.º *Siempre que la acción nace de negocio unila-*

teral, es de derecho estricto. De aquí fácilmente se infiere por qué son de derecho estricto las acciones *de mutuo, de lo estipulado, del vale, de lo indebido, del testamento*, pues ninguno de estos negocios tiene mutuas obligaciones y prestaciones, sino que todas son unilaterales. 2º *Siempre que nace la acción de negocio bilateral, en que son mutuas las obligaciones, es la acción de buena fe.* Justiniano formó con esmero un largo catálogo de estas acciones, §. 28. *Inst. h. t.*, que repetimos en el §. 1165., supliéndolo con una acción, á saber, la *funeraria*, la cual no se ha omitido en este catálogo, sino que se comprende bajo la acción de los negocios hechos. Ahora bien, cualquiera que examine aquel catálogo, advertirá que todos los negocios de que nacen aquellas acciones, son bilaterales. 3º Acerca de las arbitrarias no hai regla cierta; pero son pocas, y han de considerarse como escepciones de la regla. Son ocho: (a) todas las acciones reales, escepto la petición de la herencia; (b) la acción por causa de miedo, §. 1151.; (c) la acción *de dolo*, §. 1152. 4.; (d) la acción á exhibir, §. 1148.; (e) la acción de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*); por la que obra aquel á quien se prometió pagar en cierto lugar contra el que no paga en el lugar prometido, para que pague lo que interese; (f) la acción *redibitoria*, §. 1163.; (g) la acción de los límites comunes (*finium regundorum*); por la que aquel que posee un fundo confinante con otro, obra contra el dueño de este, para que se restablezcan los límites de ambos; y últimamente (h) la acción *favianá y calvisiana*, de que se ha tratado arriba, §. 1154.

Resta un acción *de lo estipulado de la dote*, introducida por Justiniano, *L. ún. C. De rei uxoris act.* §. 29. *Inst. h. t.*, la cual es de naturaleza mui singular. Antiguamente acabado el matrimonio, ó por muerte, ó por divorcio, tenia la mujer acción dotal (*rei uxoriæ*) contra el marido

ó su heredero, para repetir la dote, la donación por causa de bodas (*propter nuptias*), y conseguir lo demás que se debía á la mujer por los pactos dotales. Esta acción era de buena fe, y además tan privilegiada, que era preferida la mujer demandante á todos los demás acreedores. Pero Justiniano, sin que se sepa la causa, lo alteró en esta necesidad, y abolida aquella acción, quiso que en este caso tuviese la mujer la acción *de lo estipulado por la dote*, y que esta acción tuviese todas las calidades de la acción dotal. De allí provino que esta acción de lo estipulado por dote es un monstruo formado de mil contradicciones, pues 1º por una parte la acción de lo estipulado es del derecho estricto, porque se concede en un negocio unilateral §. 1187; y esta es de buena fe, y nace de un negocio bilateral, á saber, de los pactos dotales. 2º La acción de lo estipulado proviene solamente de la estipulación hecha con palabras solemnes, §. 829, y esta dimana de los pactos dotales, aunque no estén afirmados con la estipulación. 3º En los demás casos, siendo la acción de lo estipulado de derecho estricto, no goza de ningún privilegio; esta es privilegiada, y la mujer tiene el derecho de preferencia. ¿Qué bien resultó pues á la república de abolir una acción, y sustituir otra mas incómoda y poco conforme al negocio? No hai otra respuesta que dar, sino que así lo quiso el sacratísimo emperador Flavio Justiniano.

Ahora preguntaremos ¿en qué se diferencian las acciones de buena fe, las de derecho estricto y las arbitrarias? Resp. 1º Las arbitrarias, como dijimos, se diferencian de las demás, en que en las otras acciones de buena fe y de derecho estricto se hace la condenación simplemente; no así en estas, si no se obedeció el fallo del juez. 2º Las acciones de buena fe y de derecho estricto se diferencian (a) en que en estas el dolo y miedo producen restitución en el todo; en aquellas el dolo hace nulo el negocio por la

misma lei. (b) En que en estas no se deben los intereses, si no se han prometido; en aquellas se deben aún no prometidos, ó por sola la morosidad. (c) En que en estas los pactos unidos á los contratos solo producen excepcion; en aquellas subsisten estos pactos por la misma lei, y producen la accion del contrato á que se agregan. Existen ademas algunas otras diferencias, pero mas sutiles y en el dia muy raras, por lo que no nos detenemos en ellas.

§. MCXCII—MCXCVI. Resta un apéndice de esta cuarta division de acciones, que á ejemplo de Justiniano añadimos á esta tratado, á saber, *cuando se pide mas de lo debido (de pluris petitione)*. Y aquí debe observarse, 1º que el actor debe pedir, si es posible, una suma determinada. No basta pues decir que Pedro me debe mucho, sino que es preciso espresar la cantidad, por ejemplo, Pedro me debe 600, pues de otro modo no puede el juez dar sentencia cierta; lo que sin embargo debe hacerse, §. 32. *Inst. h. t.* Y digo, si es posible, pues en algunas acciones no puede hacerse: por ejemplo en las acciones hereditarias y otras universales. Aquí pide el heredero la herencia, aunque no sepa exactamente su cantidad, porque despues aparece del inventario á cuánto asciende. 2º Ha de tenerse presente, que antiguamente era esto de derecho estricto, y que se desechaba la demanda del que pedia un maravedí mas de lo que se le debia, §. 31. *Inst. h. t.* Pedíase mas, o en la *casa*, si se pedia mayor cantidad, por ejemplo, 500 florines en lugar de 400; ó en el *tiempo*, si se pedia mas pronto y ántes del dia en que se debia, por ejemplo, si se pedia 100 en este dia, debiendo pagarse un año despues; ó en el *lugar*, si se pide en otro, y mas incómodo que aquel en que debia pagarse segun el contrato; por ejemplo, si estando en Madrid el deudor, y habiendo ofrecido pagar en Cádiz, se pidiese en Pamplona; ó en el *título*, si se pide puramente lo que se debe bajo condicion; si pre-

cisamente se pide el siervo Estico, habiéndose prometido alternativamente á Estico ó á Dromon; si se pide una especie, por ejemplo, las obras de Cujacio, habiéndose prometido un género, á saber, un libro, §. 33. *Inst. h. t.*: por todos estos casos pues se perdía el derecho en la jurisprudencia antigua (1). 3º Ha de notarse que pareciendo esto algo duro á Zenon, prohibió por la *L. 12. C. De plur. pet.*, que ninguno perdiese su derecho por pedir mas de lo que se le debia, sino que solamente se le impusiese una pena. Á saber, (a) si uno pedia mas en el tiempo ó mas pronto de lo justo, era la pena que se duplicase aquel; por ejemplo, si uno debia para dentro de un año, y el acreedor lo pedia un año ántes, tenia que aguardar dos años; pero no por eso perdía su derecho. (b) Si pedia mas en el lugar, se establecia que reconvenido por la accion de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*), pagase de ménos cuanto le interesara pagarlo en lugar determinado. (c) Si alguno pedia mas en la cosa ó título, era condenado por la constitucion de Justiniano en el triple de lo que habia pedido de mas. Así lo habia establecido el emperador Zenon. Pero 4º ha de advertirse que en el dia no es tan peligrosa la peticion de mas de lo debido, con tal que se enmiende la demanda ántes de la sentencia. *Enmendar* la demanda es corregir alguna circunstancia en ella puesta, y haciendo esto el actor hasta la sentencia, queda impune, como dije. Al contrario, no se permite tan impunemente *mudar* la demanda, esto es, mudar todo el género de la accion, y, por ejemplo, susti-

(1) Segun la *L. 45, tit. 2. Part. 3.*, el que pide mas por razon del lugar ó de la causa, debe pagar el trestanto de todos los daños y perjuicios que ha causado con su demanda: segun la *L. 49. tit. ult. d. Part.*, el que pide mas en la cosa y en el tiempo, debe pagar las costas del pleito. La disposicion de la *L. 45.* no se aplica en el dia, y solo se condena al actor á pagar las costas.

tuir la accion de lo estipulado en lugar de la de mutuo. Puede hacerlo el actor ántes de la contestacion del pleito; mas despues de contestado no seria admitida la demanda, á no satisfacer el actor al reo todos los gastos del pleito, de lo cual tratan latamente los pragmáticos.

§. MCXCVII — MCCIII. Resta la quinta y mas fácil division de las acciones, de que se trata en este título; á saber, por unas acciones conseguimos el *todo*, por otras *ménos que el todo*, §. 36. *Inst. h. t.* Conseguimos el todo ó la cosa por entero ordinariamente por todas las acciones, ya reales, ya personales, y esta es la regla. Pero hai ciertos casos, en que conseguimos ménos que el todo, y estos pertenecen á las escepciones de la regla. Basta por tanto tener estas escepciones en la memoria.

1^a El primer caso es en la accion del *peculio*. Tiene lugar esta, si el hijo de familia ó siervo ha negociado con el *peculio profecticio*. Si entónces contrajo deudas, entablan los acreedores accion contra el padre ó dueño, para que paguen cuanto alcance el *peculio*. Si pues en el *peculio* no hai tanto como lo que se debe, entónces consiguen los acreedores ménos que el todo. Pero de esta accion hablaremos en el título siguiente, §. 1219.

2^a El otro caso es en la *compensacion*. *Compensacion* es la union del crédito y débito del mutuo. De aquí es que se considera como paga, y destruye la obligacion, al ménos hasta la suma concurrente. Supongamos que Pedro obra contra Juan, porque le debía mil, y que Juan prueba que Pedro le debía á él 600; entónces será compensada esta suma, y por tanto á Pedro se le adjudicarán solamente 400, es decir, ménos que el todo, §. *pen. Inst. h. t.*

3^a El tercer caso es el *beneficio de competencia*, que es un privilegio personal, por el cual el que goza de él, no puede ser condenado sino en lo que puede, es decir, que no se le deje conocidamente miserable. De este privilegio gozan algunos (a) por estrecha relacion, á saber, (a) los

parientes hasta el segundo grado, los padres, hijos y hermanos; (b) los afines en primer grado, como el suegro y yerno, y tambien (c) los patronos que están en lugar de padres respecto de los libertos, §. 111: (d) los *cónyuges* y socios, que se consideran como hermanos, §. 942. *L. 63. pr. ff. Pro soc.* (b) Algunos tienen este privilegio por la milicia, á saber, los militares, *L. 7. L. 18. ff. De re judic.*, que malamente se estiende á los nobles, abogados, clérigos y doctores, porque los privilegios no admiten interpretacion estensiva, §. 60. (c) Por beneficio gozan de este privilegio los donantes, si son reconvenidos por su donacion ó liberalidad. *L. 49. §. 1. L. 49. L. 50. ff. De re jud.*; cuyo privilegio sabemos por la *ley 28. Dereg. jur.* que concedió D. Pio á los donantes. (d) Últimamente se concede á algunos este privilegio por calamidad; á saber, (a) á los desheredados; (b) á los que rehusaren la herencia paterna; y (c) á los que hicieron cesion de bienes, esto es, que no teniendo con que pagar por varias desgracias sin culpa suya, hacen dejacion á los acreedores de todos sus bienes; lo que en nuestra legislacion se llama *beneficio lastimero y auxilio lamentable (flebile beneficium et lamentabile adjutorium)*. Á todos estos pues, por cualquier contrato que sean reconvenidos, ha de dejárseles lo bastante, para que no queden en extrema necesidad, esto es, tienen el beneficio de competencia. Podrá oponerse que los desheredados son indignos de este beneficio, porque no se hace la desheredacion sino por ingratitud enorme, §. 529; y ademas que tampoco parecen dignos de este privilegio los que renuncian la herencia paterna, debiendo imputarse á sí mismos lo que han hecho. Pero respondemos, en cuanto á los desheredados, que es esto mui cierto, desde que Justiniano estableció en la *Nov. 115.* por lei pública, que no se hiciese la desheredacion sino por causas de ingratitud. Pero desheredando antiguamente los padres á sus hijos por su antojo, aún estando inocen-

tes, §. 520, en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. En cuanto á los que renunciaban la herencia paterna, es evidente que no serian tan necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluido el prolijo titulo de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen de un hecho nuestro, ó de un hecho ajeno, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este titulo VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, titulo VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, titulo IX. En este titulo pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este titulo, son de cualidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los

contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la accion de *peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condiccion del mutuo de *peculio*; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de *peculio*; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de *peculio*. Luego de *peculio* es solo una cualidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este titulo.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse otra razon mas inmediata. Esta es de cuatro maneras: 1ª si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2ª si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio: 3ª si el padre ó dueño dan el *peculio* al hijo ó siervo, con el fin de que negocien con él: 4ª si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este titulo, cuyas partes son seis. Se trata pues, 1º de la accion de lo ordenado (*quod jussu*) §. 1181 y sig.; 2º de la accion perteneciente al patron de barco y factor de comercio (*exercitoria é institoria*), §. 1183-1189.; 3º de la accion *tributoria*, §. 1190-1192.; 4º de la accion de *peculio*,

tes, §. 520, en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. En cuanto á los que renunciaban la herencia paterna, es evidente que no serian tan necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluido el prolijo titulo de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen de un hecho nuestro, ó de un hecho ajeno, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este titulo VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, titulo VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, titulo IX. En este titulo pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este titulo, son de cualidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los

contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la *accion de peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condiccion del mutuo de peculio; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de peculio; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de peculio. Luego de *peculio* es solo una cualidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este titulo.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse otra razon mas inmediata. Esta es de cuatro maneras: 1ª si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2ª si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio: 3ª si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo, con el fin de que negocien con él: 4ª si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este titulo, cuyas partes son seis. Se trata pues, 1º de la accion de lo ordenado (*quod jussu*) §. 1181 y sig.; 2º de la accion perteneciente al patron de barco y factor de comercio (*exercitoria é institoria*), §. 1183-1189.; 3º de la accion tributoria, §. 1190-1192.; 4º de la accion de *peculio*,

§. 1193. y sig.; 5.º de la accion *de lo que se ha invertido en la cosa (de in rem verso)*, §. 1195 y sig.; y 6.º del senado-consulto *macedoniano*, §. 1197-1201.

§. MCCVII y MCCVIII. 1.ª La primera accion es *de lo ordenado*, que se llama así de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La órden (*jussum*) se diferencia del mandato, pues es este un contrato que requiere el consentimiento de dos; y no siendo el padre y el hijo, y el dueño y el siervo dos personas, sino una sola, no puede tener lugar el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos, ó los dueños á los siervos. Ahora, como si el padre manda al hijo contraer, ó el dueño al siervo negociar, es lo mismo que si contrajese el padre ó negociase el dueño, el pretor da por esta razon la accion de lo ordenado. La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por órden del padre ó dueño contra el padre ó dueño que dió la órden, ó contra sus herederos, para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar, §. 1. *Inst. h. t.*

§. MCCIX — MCCXV. II.ª y III.ª Siguen las acciones *exercitoria* é *institoria*, á cuya inteligencia ayuda el explicar ántes algunas palabras. Llámase armador (*exercitor*) aquel que arma una nave, propia ó fletada á su riesgo, y la echa al mar, de modo que son de su cuenta los gastos diarios, y le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este armador da el mando de la nave, para que dirija la negociacion marítima, ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave, se llama en nuestro Derecho *capitan* ó *patron del buque (magister navis)*, ya sea padre de familias, ya sea hijo de familias, bien libre ó siervo, propio ó ajeno, menor ó de mayor edad, *L. 1. §. 3. 4. 5. ff. De exerc. act.* Aquel á quien el comerciante encarga su tienda de comercio, para que á nombre suyo dirija los negocios mercantiles, se llama *factor de comer-*

cio (institor), del vocablo latino *instare*, que significa ejercitarse en el comercio, negociar. Véase á Vosio, *Etymol. v. Institor*. Ni importa que sea padre de familias, ó hijo de familias, siervo ó libre, propio ó ajeno, menor de edad ó mayor, *L. 18. ff. De inst. act.* Últimamente las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor, y que deben observar negociando, se llaman *condiciones* ó *instrucciones (lex præpositionis)*. Si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam, que envía á España una nave, la encarga al cuidado de un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este; por Derecho civil no tienen los españoles ninguna accion contra el comerciante de Amsterdam, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor, siguiendo la equidad, les concedia la *exercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave segun las instrucciones del armador, contra este; ó si los armadores son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), para que cumplan el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria*. Aquel pues que contrajo con el factor encargado del almacén, con tal que contrajese segun las condiciones de su comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion; ó si son muchos contra cada uno de ellos en el todo, ó contra sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el factor, §. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 1.º Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitan ó factor, ó contra el dueño del buque ó comerciante, pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante los que quieren obrar contra el patron del buque ó factor, deben hacerlo, mientras aquellos ejerzan todavía el cargo,

pues concluido este, no pueden ser ya reconvenidos, *L. últ. ff. De inst. act.*, porque entregadas las cuentas y los instrumentos, no podrian ya defenderse. 2º Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitán ó factor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y así aquellos pueden obrar contra estos, mas no estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas, *L. 1. L. 2. ff. De inst. act. 3º* No se conceden estas acciones por delito del patron ó del factor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los encargantes solo quedan obligados segun las instrucciones de la comision.

§. MCCXVI — MCCXVIII. IV.^a Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias, negociando con el peculio profecticio, contraía deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este pues obligado á distribuir á prorata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere*, distribuir. Sucedia muchas veces que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de menos; en cuyo caso se concedia la accion *tributoria* á los acreedores, á quienes se habian distribuido mal las rentas peculiares, del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX y MCCXX. V.^a La quinta es la accion de *peculio*. Llámase peculio todo lo que el hijo de familias ó siervo tienen separado del haber del padre, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose en *militar y pagano*, aquel en *castrense* y *cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profecticio* y *adventicio*, aquí solamente se habla del *profecticio*, esto es, del que se separa para el hijo de las cosas paternas. Si pues el padre da

algun peculio al hijo, ó el dueño al siervo, para que negocien con él, y el hijo de familias contrae deudas, entónces todos los acreedores, á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo, tienen la accion de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Están de consiguiente obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hai poco ó nada, tambien pagan poco ó nada. De donde se manifiesta fácilmente, por qué arriba en el párrafo 1197. numerámos esta accion entre aquellas, por las que conseguimos menos que el todo.

§. MCCXXI y MCCXXII. VI.^a La última accion, perteneciente á este lugar, es la *de lo invertido en la cosa* (*de in rem verso*). *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno; esto tiene lugar, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo; pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño, ya tomasen la cosa por contrato, por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economize su dinero, por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en obsequiar á los huéspedes, ó pagar á los maestros de los colegios, etc. Siendo entónces injusto que uno se haga rico en daño de otro, movido el pretor por la equidad, concede la accion de lo invertido en la cosa que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta accion en el todo, si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta: cuya accion es claro ser en el dia de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII — MCCXXVII. En lugar de apéndice se añade la doctrina del *senadoconsulto macedoniano*, no por-

que de él nazca acción alguna, sino porque produce la escepcion con que pueden eludir el padre y el hijo la acción que contra ellos entabla el acreedor. Para tratar con orden esta utilísima materia, examinaremos (a) el origen de este senadoconsulto; (b) lo establecido por él; (c) qué axiomas han de observarse acerca de él; y (d) qué derechos nacen de él.

I. Sobre el origen del senadoconsulto disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *Annal. lib. XI. XII.* Aquel lo refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio; mas puede conciliarse esto, pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano lo propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio; y así lo conjetura el P. Fabro, *Semestr. lib. 4. c. 25.* Pero aún es mayor la divergencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al senadoconsulto. El comun sentir, que propuse también en el §. 4223., es que existía un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidísimas: sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo el hijo que las usuras crecían tanto, que absorbían casi todo el patrimonio, dió veneno al padre; por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr. §. 7. Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Meceдон, sino el hijo de familias. Ha habido un clamor general contra Teófilo por haberse explicado así, y no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto, en la *L. 4. ff. De senatusconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice el senado: *Quum inter cæteras causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam xs alienum adhibuisset, etc.* No se dicen deudas (*xs alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *L. 213. §. 1. ff. de V. S.*: luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se

añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos: *Et quum sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus, etc.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este, ninguna acción, ni contra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tengan el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano, para eludir la acción. La misma disposicion tenemos en la *L. 4. pr. ff. de SC. maced.*

3. De aquí entenderemos fácilmente los tres axiomas que propusimos en el §. 4224. (a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre, pues el hijo que, sin saberlo el padre ó contra su voluntad, contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga, si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. (b) Este senadoconsulto concede escepcion, si no se ha pagado, no acción; pues si se paga, ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. (c) El senadoconsulto tiene lugar en el mutuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aún en todo mutuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino ú otras cosas fungibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos qué conclusiones nacen de aquí: (a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo, *L. 29. C. De pact. L. 40. ff. De cond. ind.*, esto es, viviendo el padre, pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente,

pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor. (c) Que cesa la escepcion por parte del padre, si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. De SC. maced.*, porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (d) Que el hijo no tiene esta escepcion, si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 4. §. 2. ff. eod.*, pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (e) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias, *L. 4. C. eod.*, pues las leyes jamas favorecen el dolo. (f) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada, porque ciertamente si el pueblo del deudor no está muy distante del lugar del contrato, apenas es probable que pueda ignorar el acreedor su condicion. (g) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. De SC. maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hai una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias; y ya vimos en la conclusion próxima anterior, que excusa la ignorancia. (b) Produciendo este senadoconsulto, segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de ahí, (h) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion de lo indebido, si pagan, *L. 40. ff. De cond. ind. L. 10. ff. De SC. maced.* La razon es clara, pues (a) la condicion de lo indebido no tiene lugar, si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4., y claro está que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. Ademas

(b) hai lugar á la condicion de lo indebido, cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas al padre y al hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (c) Últimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mutuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de ahí, (i) que no puede oponerse esta escepcion, si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legitimo, *L. 7. §. 13. ff. De SC. maced.*, pues entónces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (j) Ni tiene lugar la escepcion, si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto, *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la lei, *L. 30. ff. De LL. L. 6. §. 1 ff. De V. S.*; y lo que se hace contra las leyes, es nulo, *L. 5. C. de LL.*

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES NOXALES.

§. MCCXXVIII — MCCXXXII. Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos: siguen las acciones que dimanen de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, si causaban daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el dia, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 4º la naturaleza de las acciones no-

pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor. (c) Que cesa la escepcion por parte del padre, si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. De SC. maced.*, porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (d) Que el hijo no tiene esta escepcion, si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 4. §. 2. ff. eod.*, pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (e) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias, *L. 4. C. eod.*, pues las leyes jamas favorecen el dolo. (f) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada, porque ciertamente si el pueblo del deudor no está muy distante del lugar del contrato, apenas es probable que pueda ignorar el acreedor su condicion. (g) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. De SC. maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hai una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias; y ya vimos en la conclusion próxima anterior, que excusa la ignorancia. (b) Produciendo este senadoconsulto, segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de ahí, (h) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion de lo indebido, si pagan, *L. 40. ff. De cond. ind. L. 10. ff. De SC. maced.* La razon es clara, pues (a) la condicion de lo indebido no tiene lugar, si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4., y claro está que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. Ademas

(b) hai lugar á la condicion de lo indebido, cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas al padre y al hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (c) Últimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mutuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de ahí, (i) que no puede oponerse esta escepcion, si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legitimo, *L. 7. §. 13. ff. De SC. maced.*, pues entónces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (j) Ni tiene lugar la escepcion, si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto, *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la lei, *L. 30. ff. De LL. L. 6. §. 1 ff. De V. S.*; y lo que se hace contra las leyes, es nulo, *L. 5. C. de LL.*

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES NOXALES.

§. MCCXXVIII — MCCXXXII. Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos: siguen las acciones que dimanen de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, si causaban daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el dia, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 4º la naturaleza de las acciones no-

xales, §. 1228 y sig.; y 2º contra quiénes se conceden, §. 1234.

Dicense acciones *noxales* de la palabra *noxia*, que es el daño que causa el siervo por algun delito, §. 1080. Y *noxa* se llama el siervo que causó el daño, §. 1. *Inst. h. t.* aunque muchas veces se usan promiscuamente estos vocablos. Es pues *accion noxal* la que entablan los que han sufrido daño del siervo, contra cualquiera poseedor de este, y á veces alternativamente, ó para que se resarza el daño, ó se entregue el siervo en *noxa*, esto es, al perjudicado para su satisfaccion, *pr. Inst. h. t.* Por tanto la naturaleza de estas acciones es, 1º que son de cualidad adjunta (*adjecticia*), y comprenden en sí tantas especies cuantos son los delitos ó cuasi delitos. Si pues el siervo comete hurto, se da la *accion noxal de hurto*; si injuria, *accion noxal de injuria*; si hizo daño derramando ó arrojando, la *accion noxal de lo arrojado y derramado*. 2º Que esta accion es escrita en la cosa, §. 1146., pues la *noxa* sigue al autor, §. 5. *Inst. h. t.* De aquí es, que se reconviene noxalmente al que posee el siervo al tiempo de la contestacion del pleito. Si se ha dado libertad al siervo, no es reconvenido noxalmente, sino directamente por el delito que cometió, *L. 15. ff. De cond. furti*. Si muere, espira la accion, porque falta la persona sobre quien ha de recaer la *noxa*.

§. MCCXXXIII. De esta explicacion se deduce claramente contra quién se conceden estas acciones, á saber, contra el dueño. Pues parecia justo á los decenviros, que adquiriendo el dueño todas las cosas por medio del siervo, sufriese tambien el daño que este causase. Sin embargo como podia suceder que la pena escudiese el precio del mismo siervo, quisieron conceder al dueño el arbitrio, ó de resarcir el daño, ó de dar el siervo en *noxa*. Lo que pareció tan equitativo á Puffendorf, que juzga se deriva

esta accion del derecho natural. Mas se pregunta, ¿se da tambien contra el padre por un delito del hijo de familias? Poco ántes negámos que pueda hacerse por Derecho moderno, aunque por el antiguo no cabe la menor duda. ¿Qué sucede pues si en el dia delinque el hijo de familias? Que es reconvenido él mismo y condenado por el delito; y si no tiene con qué pagar, despues de la condenacion, se da contra el padre la accion de lo juzgado de peculio (*judicati de peculio*), para que resarza el daño, en cuanto alcance el peculio, *L. 3. §. 11. ff. De pecul.* Podria oponerse que la accion de peculio no se concede en el delito, *L. 58. ff. De reg. jur.*; pero ya dimos la respuesta en el *escol.* del §. 1149.

§. MCCXXXIV. [En España no se conoce esta accion en el dia, tanto por haberse abolido la esclavitud, como por estar prohibido dar en *noxa* á los hijos.]

TÍTULO IX.

DE LOS MENOSCABOS CAUSADOS POR LAS BESTIAS.

§. MCCXXXV — MCCXXXVIII. Siguen por último las acciones que provienen del daño causado por nuestros ganados ó animales. De las que se numeran aquí tres: 1ª la accion del menoscado causado por las bestias (*de pauperie*), §. 1235-1238.; 2ª la accion del pasto de los ganados (*de pastu pecorum*), §. 1239.; y 3ª la accion *edilicia* de los animales ferozes puestos cerca de caminos públicos (*de bestia juxta viam*), §. 1240.

1ª Llámanse la accion del menoscabo causado por las bestias *de pauperie*, porque *pauperies* es cualquier daño causado por un animal, §. 1080., con tal que haga el daño contra la naturaleza de su especie, *pr. Inst. L. 1. §.*

4. ff. h. t. Así, por ejemplo, no todos los caballos dan cozes, ni todos los bueyes dan cornadas; por tanto, si un caballo dando una coz, ó un buei una cornada, hiciesen daño, sería contra la naturaleza de su especie, y consiguientemente tendría lugar la acción del menoscabo causado por las bestias. Ni tampoco esto es bastante, sino que además se requiere que la bestia cause el daño voluntariamente y no instigada, pues si el mismo dañado la irritó, no puede pedir ninguna satisfacción; si otro la instigó, tendrá contra el instigador la acción de la lei aquilia, L. 1. §. 4. ff. h. t.; mas si causó el daño por su voluntad, compete la acción del menoscabo causado por las bestias, la cual tiene también su origen en las XII Tablas. Se concede al dañado ó á aquel á quien le interese, contra cualquier poseedor de la bestia (pues también esta acción está escrita en la cosa, §. 4146.) para que resarza el daño, ó dé la bestia en noxa, L. 1. pr. L. 3. ff. h. t. pr. Inst. eod. Luego también esta acción (a) es noxal, porque obra alternativamente, y además (b) tiene la cualidad de que si uno niega que es suyo el animal ó que lo posee, está obligado por el todo, y por tanto no se le admite la acción en noxa, L. 4. §. 15. ff. h. t.

§. MCCXXXIX. 2ª La otra acción es del pasto de los ganados, que se diferenciaba solamente de la anterior, en que esta tenía lugar, si la bestia causaba daño, no contra la naturaleza de su especie, sino conforme á ella, por ejemplo, si un buei pacía un campo, pues esto suelen hacerlo todos los bueyes. Por lo demás, en cuanto al efecto, parece no había ninguna diferencia entre esta acción y la anterior, porque también era noxal, y de aquí es que debía resarcirse el daño ó entregarse la bestia en noxa, según aparece de Paulo, Recept. sent. L. 15. 1. Pero ya en tiempo de Justiniano tenía esta acción poco ó ningún uso, como se manifiesta de que apenas se hace mención

de ella en las Pandectas, L. 44. §. ult. ff. De præsc. verb.

§. MCCXL. 3ª La tercera acción es la *edilicia*, establecida contra aquellos que colocan en cualquier paraje de la ciudad por donde suela pasarse, algún perro, jabalí, leon ó otra bestia feroz. Entónces, ó era estimable el daño causado, ó inestimable por haber sido muerto ó herido un hombre libre. En el primer caso se concedía al ofendido la acción en el duplo; en el último, si había sido muerto un hombre libre, en 200 áureos; si había sido herido, en tanto cuanto el juez creyese justo, apreciados los gastos de la cura, los trabajos cesantes y demás daños; de lo que trata prolijamente el edicto edilicio, L. 42. ff. De edict. edilicio. Por lo demás no es de estrañar que los ediles estableciesen semejante edicto, porque estaban bajo su cuidado los caminos públicos dentro de la ciudad. Véanse nuestras Pand. P. I. §. 72.

§. MCCXLI — MCCXLIII. [La legislación española ha admitido toda la doctrina de este título, diferenciándose únicamente en la clase de penas y en su mayor ó menor rigor.]

TÍTULO X.

DE AQUELLOS POR GUYO MEDIO PODEMOS OBRAR EN JUICIO.

§. MCCXLIV — MCCXLVII. Hemos concluido también la sexta división de las acciones. Sigue la *sétima*, por la cual unas acciones pueden entablarse ó contestarse por procuradores, y otras no. Por ejemplo, la acción criminal de injurias no admite procurador, ni por parte del actor, ni por parte del reo; pero las acciones civiles los permiten. Con esta ocasión pues se trata de los procuradores, 4º cómo pueden ser admitidos salvando los principios del

Derecho, §. 1244-1247; y 2º que es procurador, y lo que se ha establecido acerca de ellos, §. 1248-1251.

I.º No sin razon se pregunta, cómo pueden ser admitidos procuradores, salvando los principios del Derecho, pues al principio prohibian los romanos que pudiesen litigar en el foro los procuradores en lugar de otros, porque 1º todas las acciones eran acciones de la lei, §. 69, esto es, negocios que debian declararse por el magistrado solemnemente y con las fórmulas prescritas, L. 3. §. 6. ff. *De orig. jur.*; y era de la naturaleza de todas las acciones de la lei y actos legitimos el no admitir dia ni condicion, ni procurador, sino que debian desempeñarse personalmente, (§. 70), L. 77. L. 123. ff. *De reg. jur.* 2º Por la contestacion del pleito se obligaba al reo en virtud de cuasi contrato á pagar lo juzgado: es así que ninguno podia obligarse por otro, ó estipular para otro, (§. 833. §. 6.) §. 3. 4. *Inst. De inutil. stipul.*, luego tampoco el procurador. 3º Ninguno podia adquirir para otro no estando sujeto á su potestad, (§. 482), §. 5. *Inst. Per quas person. cuique acquir.* Es así que el procurador debia adquirir el lucro de la sentencia favorable, no para sí, sino para el dueño constituyente; luego por estas razones habia antiguamente la regla general de que ninguno pudiese entablar por otro accion ó escepcion. Poquimas eran los escepciones, admitiéndose por el pueblo el *sindico*; por la libertad, á saber, si se disputaba, si uno era siervo ó libre, el *defensor (assertor)*; por el pupilo el *tutor*; y por la lei hostilia el procurador de aquel que estaba ausente por causa de la república, ó entre los enemigos, si quisiesen reconvenirle por la accion de hurto. No pudiendo pues algunos de estos presentarse en juicio, como el pueblo, el cautivo, el ausente por causa de la república, ó no teniendo persona para asistir á juicio, como el siervo, aquel sobre cuyo estado se duda, y el pupilo; la misma necesi-

dad exigia que se admitiesen por ellos procuradores, *pr. Inst. h. t.* Mas siendo mui molesto que todos sin distincion tuviesen que presentarse en juicio, los antiguos jurisconsultos meditaron un principio, por el que, salvas las reglas de Derecho, pudiesen ser admitidos los procuradores; á saber, fingian que el procurador no era un nuevo mandatorio que litigaba á nombre de otro, sino que se hacia dueño del pleito, L. 4. §. 3. ff. *De alien. jud. mut. caus.* L. 22. L. 23. C. *De procurat.* Aquel dominio del pleito se trasferia por el procurador por medio de la contestacion del pleito, L. 1. *pr. ff. De proc. junct.* L. 4. §. ult. *De adpell.* El dueño encargaba al procurador que ocupase este dominio, y el procurador lo ocupaba contestando el pleito. Hecho esto, ya se obraba contra el procurador; él afianzaba, contra él se daba la sentencia, y contra él se concedia la accion de lo juzgado; aunque la eludia y trasferia contra el dueño ó mandante por aquella escepcion de la L. 26. *De procur.*; lei que pocos han entendido bien.

§. MCCXLVIII—MCCLII. II.º Mas qué es el procurador? y qué se ha establecido acerca de ellos? *Procurador* es en este sentido el que toma ó administra negocios judiciales ó pleitos ajenos por mandato del dueño, L. 33. *pr.* §. 1. ff. *De procur.* Digo que aquí debe definirse de esta manera, porque si uno lo hace sin ningun mandato, no es procurador, sino *defensor*, el cual solamente se admite por el reo, no por el actor, y no de otro modo que afianzando de estar á lo juzgado, L. 35. §. 3. L. 46. §. 3. L. 51. ff. *De procur.* De esta definicion se colige, 1º quién constituye procuradores. A saber, (a) el dueño, y (b) aquel dueño ciertamente que tiene la libre facultad de administrar su cosas. La razon es, porque se traslada al procurador el dominio del pleito, §. 1247. El que traslada el dominio de sus cosas, enajena; y el que enajena debe ser

dueño y tener la libre facultad de administrar sus cosas. De donde se manifiesta por qué los furiosos, los pródigos, los niños, los pupilos sin el consentimiento del tutor, y aún los tutores mismos no pueden dar por sí procuradores; pues estos no son dueños, y por tanto solo pueden nombrar un actor á su riesgo, (§. 277). §. *últ. Inst. De curat.* De la misma definición sabemos, 2º quiénes pueden ser procuradores, á saber, todo el que es idóneo para tomar y administrar los pleitos ajenos; mas no el furioso, el niño, la mujer, el menor de 17 años de edad, (pues este año habian fijado los romanos; porque poco antes solian vestir los jóvenes la toga viril, *L. 13. ff. De manum. vind.* §. 5. *Inst. Qui et ex quibus caus.*) el siervo, el infame, ni el militar, para que obteniendo esta procuracion no se separase de las banderas, *L. 8. §. 2. ff. De procur.*, á no ser que quisiera tomar la causa de su cohorte, *L. 8. §. 2. L. 51. ff. L. 7. L. 3. C. De proc.* En cuanto á los infames, es en verdad muy cierto por la *L. 6. C. De proc.* y aunque parece lo contradice el §. *últ. Inst. De excep.*, en que Justiniano deroga espresamente la escepcion de infamia que se objetó al procurador, es fácil la respuesta, si atendemos á las palabras de este párrafo: *para que no se dilate la disputa principal, mientras se ventila el artículo de las escepciones.* Cesa pues esta escepcion de infamia, si no es clara, y si hubiera de originarse en el juicio una disputa prolija acerca de ella. Mas cuando es tan manifiesta y notoria que no se necesita controversia, bien puede en el dia oponerse; por ejemplo, si el conderado por hurto quisiese hacer de procurador. De la misma definición aparece, 3º en qué casos se admiten procuradores, á saber, en todos aquellos en que puede uno representar la persona del principal. (Véanse nuestras *Pand. P. I. §. 431.*) A la verdad puedo representar la persona de otro en las cosas civiles, pues nada impide que uno pague por otro

(§. 999), *L. 23. L. 10. L. 53. ff. De solut.*; mas no puedo representar la persona de otro en las causas criminales, ni por parte del acusador, porque este debia escribir su nombre, para que se le aplicase pena, si no probaba el delito al reo; ni por parte del acusado, porque ninguno puede ser ahorcado, degollado, ni magullado con rueda por otro. Por tanto en estas causas criminales no es admitido procurador, á no presumirse que la pena será tal, que pueda imponerse al ausente, por ejemplo, la relegacion, *L. 10. ff. De publ. jud. L. 33. §. 3. De proc.* Últimamente 4º de la misma definicion se manifiesta, cuándo cesa por Derecho romano el oficio de procurador. Termina por los mismos modos por que cesa el dominio, como (a) por el mutuo disentiimiento, estando todavía íntegro el negocio, y (b) por la revocacion del dominio, pero ántes de la contestacion del pleito, pues en uno y otro caso todavía no es dueño el procurador. (c) Por la renuncia del procurador en tiempo oportuno y no perjudicando al dueño, §. 11. *Inst. h. t.*, pues cada cual puede abdicar su dominio, como no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos, §. 10. *Inst. h. t.*

§. MCCLIII. [Casi disponen lo mismo las leyes españolas. Segun ellas nadie puede ser procurador sin tener veinte y cinco años cumplidos.]

TÍTULO XI.

DE LAS CAUCIONES.

§. MCCLIV — MCCLVI. Vimos en el título anterior que el procurador, como dueño del pleito, tenia á veces que afianzar ó prestar caucion. Por esto al título *de aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio*, se añade el título

de las cauciones. Acerca de estas se pregunta 1º qué es caucion y de cuántas maneras, §. 1255-1256; 2º quiénes por Derecho romano están obligados á prestar caucion en juicio, §. 1257-1260.

1.º Ya en el §. 2.º 9, al tratar de la fianza de los tutores ó curadores, hemos explicado qué sea caucion, y de cuántas maneras. A saber, caucion es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, y que no quedase al actor mas arbitrio que llorar; de aquí es que nada hai mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1º de fianza (*fidejussoria*), que se hace dando fiadores idóneos y ricos, esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *L. 2. pr. ff. Qui satisd. cog.* 2º De prenda (*pignoratitia*), que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes cauciones idóneas, *L. 59. §. últ. ff. Mand. L. 4. §. 8. De fidejus. lib.* así como la primera se llama especialmente fianza (*satisdatio*), *L. 1. ff. Qui satisd. cog.* 3º *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama; y 4º la *meramente promisoria* que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raizes, y tambien por el fisco y la república, *L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. ff. Ut legat. vel fidej.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro Derecho tambien los poseedores de cosas raizes deben jurar, como demostramos en nuestras *Pandectas, P. I. §. 302*, y ántes que nosotros Cujac. *Obs. XII. 22. Nooit ad Pand. tom. II. de sus obras, p. 59*, y Eschultingio, *Pand. h. t.*

§. MCCLVII — MCCLX. II.º Si se pregunta, quiénes están obligados á prestar caucion, podemos fácilmente

responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1º El reo por Derecho justiniano presta la caucion de presentarse en juicio, (*de judicio sisti*), que antiguamente se llamaba *vadimonium* ántes que Justiniano borrara de todas las leyes este vocablo, que ya solo se encuentra en la *L. últ. C. De castr. et ministerian.* Véase Salamasio *De modo usurar. c. 16.* En seguida tenia tambien que afianzar el reo que permaneceria hasta el fin del pleito en juicio, y que no lo eludiria con la ausencia, §. 2 *Inst. h. t.* 2º El actor afianzaba ingualmente tres cosas: 1ª que contestaria el pleito dentro de los dos meses de presentada la demanda: 2ª que proseguiria el pleito hasta su fin; y 3ª que entregaria la décima parte de la suma comprendida en la demanda, por razon de gastos, si sucumbiese, *Nov. 96. c. 1.* 3º El *procurador del reo*, ó toma el pleito de uno que está presente, ó de un ausente. Si del presente, entónces no afianza él, sino su dueño presente, por él: si del ausente, no seria admitido el procurador, á no ser que él mismo prestase caucion; y en unó y otro caso presta caucion de pagar lo juzgado, esto es, que el condenado no rehusará pagar todo aquello en que sea condenado, §. 5. *Inst. h. t.* 4º El *procurador del actor*, ó no tiene mandato ni verdadero ni presunto, ó tiene mandato, pero solo presunto, imperfecto, ó defectuoso; ó está provisto de un mandato verdadero y perfecto. Si no está autorizado con ningun mandato, no es admitido, aunque quiera afianzar, *L. 1. L. 24. C. De proc.* Si tiene mandato presunto, por ejemplo, si el marido comparece por la mujer; ó defectuoso, por ejemplo, si se ha omitido el sello ó nombre del negocio; entónces presta caucion de que el dueño ratificará sus procedimientos (*rem ratam habiturum dominum*), §. 3. *Inst. h. t.* Si exhibe en juicio un verdadero y perfecto mandato, está esento de toda caucion, *L. 1. C. De procur.* Este era el orden de prestar caucion por Derecho

civil ; pero tan diverso en varias provincias, que últimamente Justiniano estableció por lei, §. 7. *Inst. h. t.*, que todas las provincias se atemperasen á las nuevas costumbres de la ciudad régia, esto es, de Constantinopla ó de Roma.

§. MCCLXI y MCCLXII. [Las leyes que en nuestro Derecho hablan de esta materia y deben ser consultadas, son la 17 y 18. *tit. 12. Part. 5*, la 41. *tit. 2. Part. 3*, y el *tit. 5. de d. Part.*]

TÍTULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES, Y DE LAS QUE PASAN Á LOS HEREDEROS Y CONTRA LOS HEREDEROS.

§. MCCLXIII y MCCLXIV. Restan la octava y novena division de las acciones. Unas son *perpetuas*, otras *temporales* ; además unas pasan á los herederos, y contra los herederos, otras ni á los herederos ni contra los herederos. Este asunto, á la verdad mui importante, se trata con este órden : 1.º definimos las acciones perpetuas y temporales, §. 1263 y sig. ; 2.º proponemos cuatro reglas, por donde se conocerá qué acciones son perpetuas y cuáles temporales, §. 1265-1272 ; 3.º añadimos tres reglas de las acciones que se dan y de las que no se dan á los herederos y contra los herederos, §. 1273-1275.

1.º Llamábanse antiguamente acciones *perpetuas* las que no espiraban en ningún tiempo, y tales eran todas las que nacian de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes. Mas por Derecho nuevo se llaman así las acciones que no se destruyen, sino por la prescripcion de mui largo tiempo, esto es, de treinta ó mas años, *L. 3. C. De præscr. annorum*. *Temporales* al contrario, son las que

espiran en breve espacio de tiempo, por ejemplo, por uno, dos, cuatro años, y aún por algunos meses ; y tales eran antiguamente todas la pretorias, que no duraban sino un año, porque el mando del pretor no era mas que de un año, *pr. Inst. h. t.* No es ajeno de razon legal que se acaben las acciones por la prescripcion de ciertos años, pues las acciones son cosas incorporales : las cosas incorporales están en nuestros bienes, §. 3.º 8 : lo que está en nuestros bienes, se pierde por la prescripcion de ciertos años ; y esto es lo que nos proponíamos demostrar.

§. MCCLXV — MCCLXXII. II.º Ahora siguen cuatro reglas, por las que puede conocerse qué acciones son perpetuas y cuáles temporales. Primera regla : *las acciones reales duran tanto como el mismo derecho en la cosa (in re), de donde nacen*. Esto es, si se trata de cosa mueble por accion real, se entablará dentro de tres años ; si de raiz dentro de diez, si están presentes los litigantes, y si están ausentes, dentro de veinte. Pues en otro caso se usucape la cosa, y conseguida la usucapion no me queda ningun derecho para obrar, §. 445. Tiene lugar esta regla en la *accion vindicatoria de la cosa, en la publiciana, confesoria y negatoria* ; y aún en las acciones escritas en la cosa, que dijimos imitaban á las reales. Solo hai tres escepciones, 1.º en la accion hipotecaria, la cual, si el mismo deudor posee la hipoteca, se acaba á los cuarenta años ; si la posee un tercero de buena fe, á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes ; si la posee un tercero de mala fe, á los treinta años, *L. 4. 2. C. Si adv. cred. L. 7. pr. C. De præsc. 30. ann.* 2.º En la petición de la herencia, la cual siendo de naturaleza mista, y derivándose tanto del derecho en la cosa como á la cosa, imita las acciones personales, y dura treinta años, *L. 7. C. De hered. pet.* 3.º La accion ó queja del testamento inoficioso, la cual por ser odiosa, §. 584, espira á los cinco años,

L. 8. §. últ. L. 34. ff. *De inoff. test.* Regla segunda : las acciones personales persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, duran treinta años. Es tan general esta regla, que de todas las acciones personales, que apénas tienen número, solo se exceptúan tres especies. (a) La accion de servidumbre prometida, todavia no cuasi entregada. Esta accion es personal por lo estipulado, y sin embargo dura solo diez años entre presentes y veinte entre ausentes, L. pen. C. *De usufr. L. 13. C. De serv.* (b) Las acciones de ciudades, iglesias y fisco, que por privilegio duran cuarenta años, §. 451. Y (c) las acciones que rescinden algun acto, todas las cuales son temporales y espiran por breve espacio de tiempo. Regla tercera : todas las acciones penales civiles de delitos privados son perpetuas; las pretorias son anuas. Aunque entre las acciones persecutorias, no hai ninguna diferencia, §. 1270, las penales, por ser odiosas, quedaron anuas, si dimanaban del pretor, conforme á lo dispuesto antiguamente. Se exceptúan ciertamente algunas acciones pretorias, á saber, (a) la de hurto manifesto, la cual es perpetua, porque la accion trae origen de las leyes de las XII Tablas, y solo la pena del duplo fué introducida por el pretor, *pr. Inst. h. t. La accion en el hecho* contra los capitanes de barcos, venteros ó mesoneros, es igualmente perpetua, aunque proviene de delito, L. últ. §. 6. ff. *Naut. caup. stab.* (c) La accion del depósito miserable, que si bien mista, y concedida en el duplo por el edicto del pretor, es perpetua, L. 18. ff. *Depos.* (d) La accion del siervo corrompido, L. 13. ff. *De serv. corr.*, y (e) la accion de lo derramado y arrojado, la cual es perpetua, á no ser en el caso de que haya sido muerto un hombre libre, pues entónces dura un año, L. 3. §. 5. ff. *De his qui eff. vel dejec.* Mas estas mismas tres acciones fueron realmente civiles, pues el que deba pagar el duplo el que niega el depósito, lo establecian las leyes de las

XII Tablas, *Coll. LL. mosaic. et roman. X. 6.* Del siervo corrompido lo habia dispuesto la lei aquilia, L. 4. L. 5. §. 2. ff. *De serv. corr.*, y tambien acerca de lo derramado y arrojado la L. 31. ff. *Ad leg. aquil.*; de modo que el pretor solo corrigió en parte estas leyes; por cuya razon conservaron estas acciones la naturaleza de las civiles, y quedaron perpetuas. Últimamente (f) se exceptúa tambien la accion de dolo, la cual es de dos años, porque se considera mui odiosa, L. ult. C. *De dolo malo.* Regla cuarta : las acusaciones criminales duran veinte años. Se exceptúan pocos casos : (a) si se continúa el crimen; pues ¿cómo opondrá la prescripcion de veinte años, quien ejerció durante los veinte años el oficio de robar? L. 4. C. *De apost.* (b) Los delitos carnales, como adulterio, estupro, (c) el crimen de peculado, y tambien la persecucion del senadoconsulto silaniano, que solo duran cinco años, L. 29. §. 5. ff. *Ad leg. jul. de adult. L. 7. ff. Ad leg. jul. de pec. L. 13. ff. Ad SC. silanian.* Del crimen de peculado hablaremos despues, §. 1366; pero el senadoconsulto silaniano era atrozísimo, pues si el testador habia sido muerto en su casa, no se abria el testamento hasta que todos los siervos que se hallaban bajo del mismo techo, eran atormentados cruelmente, y castigados los que resultaban reos del homicidio. Véase el *tít. ff. De SC. silan. et claudian.*

§. MCCLXXXIII. — MCCLXXV. III.º Siguen tres reglas por las que se juzgará, qué accion se da á los herederos, y contra los herederos, y cuál no. Regla primera todas las acciones tanto persecutorias de la cosa, como penales, se dan á los herederos, á no estar dirigidas solo á la venganza, ó no interesar especialmente al actor. La razon es fácil : (a) lo que falta al difunto, tambien le falta al heredero; luego tambien reclama este lo que el difunto podia exigir. (b) El heredero entra en todos los derechos del difunto,

§. 534 ; luego lo que se debia al difunto, ó por derecho en la cosa, ó por derecho á la cosa, tambien se debe al heredero. Mas se esceptúan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, lo accion de injurias, y otras referidas en el §. 1373, porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Se esceptúan las acciones populares, L. 5. §. 5. *De his qui effud.*, porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda transmitir á los herederos. Regla segunda: *todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema en las *Conj. Jur. lib. I. c. 7. p. 440 y sig.* niega lo último, á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los herederos. Pero falsamente; (a) pues ¿qué cosa mas cierta que el concederse contra los herederos la condicion furtiva, y la accion de las cosas robadas? Niega Duirsema que nazcan de delito; pero esto es cerrar los ojos á la evidencia, como lo haria el que negase que dos veces dos son cuatro. (b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. De leg. aquil.* en que dice el Emperador que la accion de la lei aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse despues á la pena, con razon no se concede á los herederos. Semejante dificultad no pudo soltarla este esclarecido autor. Regla tercera: *las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato, (p. e. del depósito miserable) se dan á los herederos; mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y deben obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, L. 26. *ff. De pæn.*; y la razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito es una especie de novacion; y por tanto, si el difunto li

contestado el pleito, paga el heredero la multa, no por delito, sino por cuasi contrato, §. 1019. Luego, contestando el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, L. 58. *ff. De obl. et act.*

TÍTULO XIII.

DE LAS ESCEPCIONES.

§. MCCLXXVI y MCCLXXVII. Hemos concluido la materia de las acciones. Mas así como el actor entabla su accion, así es propio del reo defenderse contra lo que intenta el actor; y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo: *digo que me debes ciento. Niego que debo cien o;* ó confesando la causa de pedir, aunque eludiéndola con alguna escepcion; por ejemplo: *digo que me debes ciento. — Lo confieso; pero opongo la escepcion del senadoconsult. macedoniano, porque era hijo de familia.* De estas escepciones tratamos ahora, considerando 1º qué es escepcion, §. 1277; 2º de cuántas maneras, §. 1278-1280; y 3º cómo deben oponerse en juicio, §. 1281. y sig.

1.º *Escepcion es la exclusion que atendida la equidad, se hace de la accion que compete por derecho estricto, pr. Inst. h. t.* Segun esto digo que hai escepcion, cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto; pero no obstante la equidad la rescinde. Así dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto; mas la equidad manda que se invalide la escepcion por causa de miedo (*quod metus causá*). Así tambien observamos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mutuo; mas no obstante por la equidad, por favorecer á los pa-

§. 534; luego lo que se debía al difunto, ó por derecho en la cosa, ó por derecho á la cosa, tambien se debe al heredero. Mas se esceptúan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, lo accion de injurias, y otras referidas en el §. 1373, porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Se esceptúan las acciones populares, L. 5. §. 5. *De his qui effud.*, porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda transmitir á los herederos. Regla segunda: *todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema en las *Conj. Jur. lib. I. c. 7. p. 440 y sig.* niega lo último, á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los herederos. Pero falsamente; (a) pues ¿qué cosa mas cierta que el concederse contra los herederos la condicion furtiva, y la accion de las cosas robadas? Niega Duirsema que nazcan de delito; pero esto es cerrar los ojos á la evidencia, como lo haria el que negase que dos veces dos son cuatro. (b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. De leg. aquil.* en que dice el Emperador que la accion de la lei aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse despues á la pena, con razon no se concede á los herederos. Semejante dificultad no pudo soltarla este esclarecido autor. Regla tercera: *las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato, (p. e. del depósito miserable) se dan á los herederos; mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y deben obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, L. 26. *ff. De pæn.*; y la razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito es una especie de novacion; y por tanto, si el difunto li

contestado el pleito, paga el heredero la multa, no por delito, sino por cuasi contrato, §. 1019. Luego, contestando el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, L. 58. *ff. De obl. et act.*

TÍTULO XIII.

DE LAS ESCEPCIONES.

§. MCCLXXVI y MCCLXXVII. Hemos concluido la materia de las acciones. Mas así como el actor entabla su accion, así es propio del reo defenderse contra lo que intenta el actor; y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo: *digo que me debes ciento. Niego que debo cien o;* ó confesando la causa de pedir, aunque eludiéndola con alguna escepcion; por ejemplo: *digo que me debes ciento. — Lo confieso; pero opongo la escepcion del senadoconsult. macedoniano, porque era hijo de familia.* De estas escepciones tratamos ahora, considerando 1º qué es escepcion, §. 1277; 2º de cuántas maneras, §. 1278-1280; y 3º cómo deben oponerse en juicio, §. 1281. y sig.

1.º *Escepcion es la exclusion que atendida la equidad, se hace de la accion que compete por derecho estricto, pr. Inst. h. t.* Segun esto digo que hai escepcion, cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto; pero no obstante la equidad la rescinde. Así dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto; mas la equidad manda que se invalide la escepcion por causa de miedo (*quod metus causá*). Así tambien observamos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mutuo; mas no obstante por la equidad, por favorecer á los pa-

dres, se elude esta obligacion del mutuo, concediendo la escepcion del *senadoconsulto macedoniano*. Propiamente pues no son escepciones las que quitan la obligacion *ipso jure*, por ejemplo, la paga ó la compensacion. Pero los pragmáticos toman latamente la palabra escepcion, y llaman *escepciones de derecho* aquellas alegaciones por las que se escluye la accion, atendida la equidad; y denominan *escepciones de hecho* aquellas por las que *ipso jure* se destruye la accion.

§. MCCLXXXVIII — MCCLXXX. II.º Siguen ahora varias divisiones de las escepciones. 1.ª Unas son *civiles*, que nacen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes, por ejemplo, la escepcion del *dinero no contado*, del *senadoconsulto macedoniano*, *veleyano*. Otras *pretorias*, que dimanán del edicto del pretor, por ejemplo, las escepciones *por causa de miedo*, *de dolo malo*, *de pacto*, *de juramento*; pero no diferenciándose estas acciones en el efecto, no es de grande importancia esta division; pues aunque las acciones civiles son perpetuas, y algunas pretorias temporales, no se observa esta diferencia en las escepciones, porque si está en mi potestad obrar cuando quiera, no así oponer la escepcion. Por tanto todas las escepciones son perpetuas, escepto la escepcion del *dinero no contado*, la cual espira á los dos años, §. 844. 2, aunque civil, §. ún. *Instit. De litt. obl.* 2.ª Las escepciones son *perpetuas ó perentorias*, y *dilatorias ó temporales*. Las perpetuas ó perentorias destruyen la accion é intencion del actor, y la eluden para siempre; por ejemplo, si al acreedor se opone la escepcion del *senadoconsulto macedoniano*, *por causa de miedo*, *de dolo malo*, se escluirá su accion para siempre, y por tanto estas acciones son perentorias. Dilatorias ó temporales se llaman las que solamente difieren las acciones hasta cierto tiempo, y suspenden su efecto, y no así que las escluyen para siempre; por ejemplo, si opongo

á mi actor la escepcion de *no haber prestado caucion*, se suspende á la verdad el efecto de la accion hasta que se haya prestado la caucion, mas no por eso se destruye; luego esta escepcion es dilatoria. Es mui recomendable el tratado de Q. Septimio Rivino, titulado: *Specimen exceptionum forensium*. 3.ª Ciertas escepciones son reales, como las que aprovechan á los herederos y sucesores; y la mayor parte son de esta clase; pero hai otras pocas personales, que estriban en privilegio personal, y por consiguiente espiran con la persona; por ejemplo, la escepcion del *beneficio de competencia*, pues este solamente se concede á ciertas personas, como vimos en el §. 4199 y sig.

§. MCCLXXXI y MCCLXXXII. III.º Resta decir cuándo han de oponerse las escepciones en el juicio (1). Lo que se comprende en dos reglas: 1.ª *Las escepciones dilatorias deben oponerse ántes de la contestacion del pleito*, *L. pen. L. ult. C. De exc.* Esceptúanse (a) las escepciones que cambien lo anulado en el juicio, por ejemplo, la legitimacion de la persona del procurador. (b) Las que nacen de algun hecho posterior, por ejemplo, la escepcion de caucion despues que el actor vendió sus bienes raíces. Estas se oponen en cualquiera estado del juicio, *L. 44. ff. h. t.* (c) Las escepciones privilegiadas, del juez incompetente, del beneficio de competencia, de cesion de acciones; las cuales se oponen aún en la ejecucion, *L. ult. C. Si á non comp. jud. L. 44. ff. De judic. L. 44. §. 1. ff.*

(1) Por derecho real de España las escepciones dilatorias se deben proponer y probar dentro de nueve dias, contados desde el en que debia contestarse á la demanda, á no ser que fueren tan notorias que no hubiese necesidad de prueba. Las perentorias dentro de veinte dias contaderos desde la contestacion de la demanda, y se puede prorogar este término siempre que el reo jure no las supo ántes, y que no procede de malicia objetarlas ahora, *L. 4. tit. 7. lib. 41. Nov. Recop. y A. sev. en dicha ley, not. 3.*

De fidejus. 2ª Regla: las excepciones perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier estado del juicio; en las acciones de derecho estricto han de alegarse antes de la contestacion del pleito y probarse despues, L. 8. C. h. t. L. 9. ff. De præscript. long. temp. Pero en el dia todas indistintamente se han de alegar al tiempo de la contestacion del pleito y probarse despues, á no ser (a) las que impiden la entrada en el pleito, cuales son las que pueden probarse incontinenti: (b) las privilegiadas como la excepcion del senadoconsulto macedoniano y veleyano, de las cuales estas pueden oponerse tambien antes de la contestacion, y aquellas en la misma ejecucion, L. 11. ff. Ad SC. vellei.

TÍTULO XIV.

DE LAS RÉPLICAS.

§. MCCLXXXIII — MCCLXXXV. Así como el reo elude la intencion del actor con la excepcion, §. 1276, así el actor procura con la réplica escluir la excepcion del reo, que este se esfuerza á refutar de nuevo con la contraréplica. Por tanto, réplica es la nueva alegacion del actor, por la que elude la excepcion del reo; contraréplica es la nueva alegacion del reo por la que intenta escluir la réplica del actor; por ejemplo, la accion es: *tu me debes ciento por mutuo*: excepcion del reo: *era hijo de familias, y por tanto se te opondrá la excepcion del senadoconsulto macedoniano*. Réplica del actor: *mas tú contrajiste por orden de tu padre*. Contraréplica del reo: *niego que lo ordenase mi padre*. Aquí vemos claramente cómo la primera alegacion se elude siempre y debilita por la posterior. Á vezes se conceden á los litigantes muchas alegaciones, á saber,

tercera contestacion, cuarta, quinta, sexta; pero cuantas mas se conceden, mas defectuosos son los juicios: ¿qué necesidad hai de repetir lo que ya se ha dicho? Por lo demas han de observarse estas reglas: (a) escepcionando el reo, se hace actor; luego debe probar la excepcion, exhibir los instrumentos etc.: (b) al reo compete la última alegacion, pues se defiende, y por tanto su causa es mas favorecida.

TÍTULO XV.

DE LOS INTERDICTOS.

§. MCCLXXXVI — MCCLXXXIX. En los títulos anteriores hemos explicado todas las acciones reales y personales, excepto los *interdictos*. No naciendo estos propiamente ni de derecho á la cosa, ni de derecho en la cosa, sino de la posesion, reservó su explicacion Justiniano para este lugar. Nosotros examinaremos, (a) la naturaleza y origen de los interdictos, §. 1286-1289; (b) las varias divisiones de los mismos, §. 1290-1291; (c) los interdictos de obtener la posesion, §. 1292-1298; (d) los interdictos de retener la posesion, §. 1299-1302; y (e) el interdicto de recobrar la posesion, §. 1306-1308.

I.º En cuanto á la naturaleza y origen de los interdictos, dijimos que en ellos especialmente litigamos sobre la posesion; y en verdad no de la posesion *natural*, por la que detiene uno meramente la cosa, cual es la del arrendatario, depositario, comodatario; sino de la *civil*, que es la detencion de la cosa con ánimo de tenerla para sí, cual es la posesion del que la posee por un justo título, como el de compra, donacion, legado, etc., ú otras causas hábiles para trasferir el dominio. ¿Es esta posesion

digna de que litiguen por ella los hombres? porque en verdad á ninguno da un derecho real y perpetuo, sino solo momentáneo, y que dura hasta que se pronuncia la sentencia condenatoria. Sid embargo está admitido el proverbio del Derecho, *beati possidentes* (dichosos los que poseen), y ciertamente es de grande importancia la posesion, pues (a) libra de la puebra, *L. 28. C. De rei vind.* (b) Los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos consumidos, y solo restituyen los existentes, §. 377. (c) Retienen la cosa hasta que por sentencia del juez la recupere otro, §. 4. *Inst. h. t.*; lo que trae grande utilidad en los países en que los pleitos son eternos. (d) Los poseedores se defienden por propia autoridad, si alguno intenta despojarlos por fuerza de la posesion; y (e) si han sido echados por fuerza, arrojan instantáneamente segunda vez á los intrusos, *L. 1. C. Unde vi, L. 3. §. 9. L. 17 ff. De vi et vi armata*; estando prohibida en los demas casos toda venganza privada, y no pudiendo ninguno hacerse justicia por sí mismo, *L. 7. C. Unde vi, L. 13. C. Quod metus caus.* Últimatante (f) en igual caso siempre es mejor la condicion del que posee, y en caso de duda ha de sentenciarse á su favor, *L. 125. L. 128. ff. De R. J.* Tantas son las ventajas de los que poseen. Siempre pues que litigaban los hombres sobre la posesion, no permitia el pretor que durase mucho, sino que fuera de órden conocia brevemente de la causa, y con la sencilla fórmula *Como poseéis así poseáis*, decretaba quién debia poseer, interin acababa el juicio petitorio. Por tanto en aquel tiempo los *interdictos* eran unas fórmulas y palabras solemnes, por las que el pretor, en las causas de posesion, mandaba ó prohibia que se hiciese alguna cosa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el dia, despues que dejaron de usarse aquellos rodeos de fórmulas, podian definirse los interdictos, diciendo que son *unas acciones extraordinarias, por las que se disputa*

breve y sumariamente sobre la verdadera posesion, ó cuasi posesion, d. pr. y §. ult. Inst. h. t. Hai ciertas causas de propiedad que se esplican del mismo modo por interdictos, aunque son mui pocas, como cuando hai miedo de armas, ó no sufren dilacion atendida la salud pública; de las cuales se trata en las *ff. lib. XLIII.*

§. MCCXC — MCCXCV. II.º Siguen las varias divisiones de los interdictos, pues 1.º unos son *prohibitorios*, por los que impide el pretor hacer alguna cosa; tales son los interdictos *de que no se haga algo en un lugar sagrado; de que no se haga una cosa en lugar ó camino público*, etc. Otros *restitutorios*, por los que manda el pretor restituir algo; por ejemplo, el interdicto *Donde por la fuerza (Unde vi)*, por el cual manda el pretor que se restituya la posesion á aquel que fué arrojado de ella por fuerza. Otros últimamente son *exhibitorios*, por los que manda el pretor que se exhiba alguna cosa, ó que se produzca públicamente, y se permita ver; por ejemplo, si uno oculta un testamento, dará el pretor el interdicto *de exhibir el testamento*; si uno tiene hijos ajenos, ocultándolos de su padre, concederá á este el interdicto *de manifestar los hijos*. 2.º Unos son interdictos *simples*, otros *dobles*, de los que se trata al fin en el §. 1303. Pero estando ahora hablando de las divisiones de los interdictos, añadiremos esta: *simples*, son aquellos en que solamente puede haber un actor y un reo; por ejemplo, en el interdicto *De donde por la fuerza*, es siempre actor el que ha sido arrojado por la fuerza, y reo el que arrojó. Y *dobles* son aquellos, en que cada uno puede ser actor y reo; tales son los dos interdictos *Como poseéis* y *Utrubi*, pues siendo en estos casos dudosa la posesion, cualquiera podrá provocar el juicio. No obstante se considera actor al que provocó el primero; y si ambos hablaron á un tiempo, al que la suerte designa. 3.º Unos interdictos son *de obtener la posesion*, por los que pedimos

la posesion, que aún no tenemos, otros de *retener la posesion*, por los que tratamos de recuperar la posesion perdida, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Esta es la principal division; por lo que trataremos de cada una de sus especies separadamente.

§. MCCXCVI—MCCXCVIII. III.º Tres interdictos especialmente se fan de tener presentes *de obtener la posesion*, de los cuales los dos primeros toman el nombre de las palabras con que empiezan los edictos, y el último del pretor que fué su autor. 1.º El primero es el interdicto *De cuyos bienes (Quorum bonorum)*, que se concede á aquel á quien el pretor dió la posesion de los bienes, ó al heredero pretorio, contra aquel que posee la herencia como heredero ó poseedor, para conseguir la posesion de la herencia, § 3. *Inst. h. t.* Es pues semejante este interdicto á la *peticion de la herencia*; pero sin embargo no es la misma cosa; pues (a) la peticion de la herencia es un juicio petitorio; este interdicto posesorio. (b) Por aquella reclamamos un derecho hereditario; por este la posesion. (c) Por aquella perseguimos las cosas corporales é incorporeales; por este solamente las corporales, L. 2. ff. *Quor. bon.* Tambien tiene mucha analogia con este interdicto el remedio de la L. últ. C. *De invalidar el edicto de divo Adriano*. Mas sin embargo se diferencia de este, pues por el primero consigue la posesion de la herencia aquel á quien el pretor ha dado la posesion de los bienes; por este remedio logra la posesion de la herencia el heredero nombrado en testamento, si manifiesto las tablas sin tener ningun vicio visible. 2.º El otro es el interdicto *Porque de los legados (Quod legatorum)*. El legatario ciertamente es dueño de la especie que se le ha legado, desde el momento en que muere el testador, §. 606. 3. L. 80. ff. *De legat.* 2. L. 64. ff. *De furt.*; mas no por eso es poseedor desde aquel instante, y ni siquiera puede tomar por su

propia autoridad la posesion de su legado, sino que debe tomarla del heredero, para no quitarle á este la facultad de cercenar la cuarta falcidia, L. 1. §. 2. ff. L. ún. C. *Quod legat.* Por lo mismo si el legatario invade la posesion de la cosa legada, en primer lugar afianza el heredero que que cumplirá en adelante los legados, y en seguida usa del interdicto, *Porque de los legados*, contra el legatario, para conseguir su posesion hasta que cercene la cuarta falcidia. 3.º El tercero es el interdicto salviano, que se concede al locador del fundo ó predio rústico contra el colonio, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda, §. 5. *Inst. h. t.* Por tanto este interdicto es especial, y solo pertenece al arrendador del predio rústico. Sin embargo, por la interpretacion se han constituido prendas contra los deudores, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda. Cualquiera advertirá que este interdicto es muy semejante á la accion *serviana* y *cuasi serviana*, de la que se ha tratado arriba, § 818, 1138 y sig. Con todo se diferencian, pues (a) las acciones *serviana* y *cuasi serviana* son reales; el interdicto salviano y *cuasi salviano* son personales, L. 1. §. 3. ff. *De interd.* (b) Aquellas se dan contra cualquiera poseedor; este solo contra el deudor. (c) En aquellas ha de probarse que la prenda se halla en los bienes del deudor, L. 45. §. 1. ff. *De pignor. et hypoth.*; en este no se practica semejante prueba.

§. MCCXCIX. — MCCCII. IV.º La otra clase de interdictos es la de *retener la posesion*; los cuales son dos, *Como poseéis* y *Utrubi*. Ambos se conceden á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, no por fuerza, ni clandestina, ni precariamente (pues estos son los tres vicios de la posesion) contra el que le turba, 1.º para que desista de turbarle, 2.º para que preste caucion de no turbarle mas, y 3.º para que satisfaga juntamente

al actor la estimacion de los daños. Siendo pues uno y otro de la misma naturaleza, se pregunta solo, ¿en qué se diferencian? Resp. En que el interdicto *Como poseéis* se da en las cosas raíces, y el interdicto *Utrubi* en las cosas muebles, *L. 1. §. 8.9. ff. Uti poss. L. ún. §. 5. ff. Utrubi, §. 4. Inst. h. t.*

§. MCCCIII — MCCCIV. V.º No hai mas interdicto de recuperar la posesion (1) que el de *De donde por la fuerza (Unde vi)*, el cual se concede al arrojado por fuerza de la posesion, contra el que le echó de ella, para que se le restituya la posesion con los frutos y la indemnizacion de sus perjuicios, §. 6. *Inst. h. t.*

Sin embargo desde que el Derecho canónico introdujo en el famoso cánón *Redintegranda 5. caus. 3. qu. 1. et cap. 48. X. De restitut. spoliat.*, el remedio ó la accion de despojo, está mas admitida esta en la mayor parte de los países que el interdicto *De donde por la fuerza*. Esta accion canónica es mas pingüe que el interdicto *De donde por la fuerza*, 1º en que el interdicto solo se concede en la cosa raíz; y la accion de despojo en la cosa mueble y raíz, y aún en los derechos. 2º En que el interdicto es

(1) En España al que posee un año y un día con justo título y buena fe, sabiéndolo el mismo que pide la cosa, no se le puede inquietar en su posesion, *L. 3. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.*; la cual, si bien parece hablar de aquellos lugares en que está establecida por fuero municipal, no obstante es general para todas partes. Tenemos un interdicto especial, llamado de *interin* ó de *posesion sumarisima*, como la denominan nuestros autores, semejante á los interdictos de retener, de los que casi no se distingue, pues en él solo se atiende á quien ejerce la posesion ántes de la contestacion del pleito; y despues de recibirse una sumaria informacion sobre él, pronuncia el juez sentencia interlocutoria sin que esta pueda perjudicar á los derechos de la propiedad y posesion verdadera, pues se concibe en estos términos: «entre tanto que este pleito se ve y determina definitivamente, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad.»

personal, y por tanto solo se concede contra el que arrojó; y la accion de despojo es real, y compete contra cualquiera poseedor. Por lo que admitimos arriba (§. 334 al fin) que la posesion por Derecho canónico en algun modo participaba de la naturaleza de derecho en la cosa. 3º En el interdicto *De donde por la fuerza* no se escluyen todas las escepciones, y en el despojo cesan todas. De aquí se ha formado la regla: *ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho.*

§. MCCCVI — MCCCVIII. [Las leyes españolas que tratan de esta materia y concuerdan en la mayor parte con lo dispuesto por las romanas, son las 1. y 3. *tit. 32. Part. 3.*, las 9 y 10. *tit. 10. Part. 7.* y las 2 y 3. *tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.*]

TÍTULO XVI.

DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

§. MCCCIX. Este título y el que sigue pertenecen á los juicios, y en el presente se trata de la pena de los que litigan sin razon. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aquí por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aquí un medio de reprimir, como se ve por el juramento de calumnia, que se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios, no obstante que por él mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para lo sucesivo, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres: el juramento de calumnia, §. 1310-1313.; la pena pecuniaria, §. 1314.; y la infamia, §. 1315.

§. MCCCX — MCCCXIII. I.º El primer modo de reprimi-

mir la temeridad de los litigantes es el juramento de *calumnia*, por el cual las partes y sus abogados juran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras: *general* y *especial*, que también se llama de *malicia*. *General* es el que se presta por el actor, reo y abogados en todas las causas al principiarse el juicio. Las fórmulas son varias; pero todas se dirigen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito, etc. *Especial* es el que se presta, siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario, cuando hai rezelos de que puede ser exigido calumniosamente; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que lo pide está obligado á jurar ántes; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones, etc., debe jurar ántes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de rejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patronos y señores del feudo, *L. 16. ff. De jurejur. L. 34. §. 4. ff. eod. 2. Feud. 33. §. 4.* No hai lugar á este juramento en las causas criminales, pues el reo de pena capital ó de corporal afflictiva, fácilmente prestaría este juramento, aún cuando fuese muy sospechoso de perjurio. Y ¿quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obra calumniosamente para evitar la pena, aunque preste el juramento de calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran, *flectere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV. II.º El otro modo de reprimir la temeridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro Derecho es de tres maneras. 1º En algunas causas se aumenta el derecho del demandante por la negativa del demandado, como en la accion de la lei *aquilia*, §. 1093.,

en los legados dejados á lugares santos, §. 1173-1177., y en la accion de *daños causados por animales*, §. 1237. al fin. 2º El vencido tiene que pagar al vencedor las costas, á no ser que tuviese probabilidad en el litigio, ó fuese dudoso el derecho de los litigantes, §. 4. *Inst. h. t. L. 79. ff. De judic.* 3º El que citaba á juicio, sin la vénia del pretor, á quien no era permitido citar, era multado en 50 áureos, *L. 1. §. 2. ff. De in jus voc.* Solo la segunda de estas penas está recibida todavía en la práctica, habiéndose casi desusado las otras.

§. MCCCXV. III.º El tercer modo de refrenar el prurito temerario de litigar (1) es la *infamia*, que se origina siempre que es condenado alguno, 1º por verdadero delito, escépto por la lei *aquilia*, porque por esta accion es castigada muchas veces aún la culpa mas leve, §. 1081.; 2º por los cuatro contratos infamantes, tutela, depósito, sociedad y mandato, §. 1. 2. *Inst. h. t. L. 1. ff. De his qui not. infam.* En el §. 783. dimos oportunamente la razon de por qué los demas contratos no producen infamia.

TÍTULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

§. MCCCXVI — MCCCXXIX. Hasta aquí hemos tratado de los oficios del actor, procuradores y reo: resta examinar el cargo del juez. Hai pues que tratar aquí de dos puntos principales: (a) qué diferencia hai entre magistrado y juez, §. 1317-1329.: (b) cuál es el oficio del juez, §. 1330-1333.

(1) En España se condena en las costas al litigante temerario, cuando su contrario lo pide; y en las causas criminales impone la lei al calumniador la pena correspondiente al delito de que acusó, aunque por su severidad no está en práctica.

1º En cuanto á la primera parte se ha de considerar distintamente, 4º qué es magistrado y juez, §. 1317.; 2º qué es y de cuántas maneras la jurisdicción, §. 1318-1326.; y 3º si en el dia son diversos los cargos de magistrado y juez, §. 1327-1329.

1. Muchas diferencias habia por Derecho romano entre el magistrado y el juez. El magistrado era persona pública constituida por votacion del pueblo, que ejercia jurisdicción. El juez al contrario era persona privada, como un jurisconsulto, á quien el magistrado encargaba el conocimiento del hecho, y le prescribia la fórmula, segun la cual habia de darse la sentencia. Por tanto aquel administraba justicia en virtud de su autoridad y jurisdicción; este conocia de la causa por orden del pretor: aquel conocia sobre el hecho, este sobre el derecho: aquel administraba justicia en el tribunal, este en los escaños, por lo que se llama *pedáneo*. Lo que se obraba ante aquel, se decía que se hacia *en el tribunal (in fore)*; lo que ante este *en juicio (in iudicio)*. Pero de este uso ya hicimos muchas observaciones en el §. 1181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdicción la principal diferencia entre el magistrado y el juez, se pregunta, ¿en qué consiste aquella, y de cuántas maneras es? *Jurisdicción* es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Así la define perfectamente Cujacio, *Paratit. Dig. tit. De iurisd.* Y en esto mismo se diferencia del conocimiento del juez, que lo tomaba, no por derecho de magistratura, sino en virtud del derecho que le conferia el pretor. Diferente de esta jurisdicción es el imperio, el cual es una especie de fuerza armada. Donde quiera pues que interviene no conocimiento solo, sino fuerza y coacción, no es jurisdicción sino imperio; por ejemplo, si se hace ejecución, si se castiga á alguno con cárcel, palos ó suplicio. Este imperio es ó mero ó misto. El mero consiste

en el derecho de la espada, ó de castigar á los facinerosos, el cual es llamado por los pragmáticos modernos *jurisdicción criminal ó alta*; y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y constreñir; la cual tienen aquellos á quienes compete la *jurisdicción civil*, para que puedan ejecutar sus sentencias, tomar prendas, multar y aún prender á las personas. En esto se diferencian la jurisdicción y el imperio, aunque Nooít, *Tract. de iurisdic.*, L. 4. c. 1. y sig. y el ilustre Westenbergio, *Pand. tit. De iurisd.*, juzguen que ambas palabras tienen una misma significación. Volvemos á la jurisdicción, que se divide de varios modos: una es (a) *voluntaria*, y otra *contenciosa*. Aquella es la que se ejerce entre los que lo quieren y consienten; mas claramente, en que ninguno defiende, ni hai que citar á la parte contraria. Tal jurisdicción voluntaria tiene lugar en la adopción, manumisión, emancipación, presentación del testamento, etc. La segunda es al contrario la que no puede ejercerse sin citar y oír la otra parte; por ejemplo, si se entabla la acción en el foro, si se oyen los testigos, si se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho, pues 1º los actos de jurisdicción contenciosa requieren juez competente; los de voluntaria pueden tratarse ante cualquiera, y aún por el juez en causa propia. 2º Aquellos se despachan en el tribunal; para estos puede estar el pretor en el baño, §. 2. *Inst. De libertin.* 3º Aquellos se habian de despachar en los días de audiencia, estos tambien en los feriados. (b) La jurisdicción es *ordinaria ó extraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de su jurisdicción; esta se concede á algunos fuera de orden por lei especial; por ejemplo, los que tienen jurisdicción, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia y de ejecutarla; por tanto estas son de jurisdicción ordinaria. Mas no tenían en el Imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aque-

llos á quienes se habia concedido esta facultad por una lei especial, ó senadoconsulto, ó constitucion del príncipe; por tanto el nombramiento de tutor es un acto de jurisdiccion extraordinaria. Estas especies se diferencian en el efecto, de modo que la jurisdiccion ordinaria puede delegarse á otro; no así la extraordinaria, *L. 1. pr. ff. De off. ejus cui mand. jurisd.* (c) La jurisdiccion es ó *propia*, ó *encargada*, ó *prorogada*. *Propia* es la que compete por la naturaleza de la magistratura: *encargada* la que el magistrado encarga á otro, mandándole que la desempeñe á su nombre; como si un magnate, revestido de jurisdiccion, por su impericia en el Derecho, traspasa la jurisdiccion á un jurisperito, el cual entónces se llama en Alemania *justiciarius*. *Prorogada* es cuando alguno litiga ante un juez incompetente, ó porque se somete á su jurisdiccion de propia voluntad, ó porque es reconvenido ante el juez, á cuya presencia citó á otro. Estas son las principales especies de jurisdiccion segun la jurisprudencia romana.

3. Por lo demas la esperiencia nos dice que no se distingue entre nosotros el magistrado del juez: el que es magistrado es tambien juez. Ni suelen entre nosotros los magistrados nombrar jueces pedáneos, sino que ellos mismos conocen del derecho y del hecho. Ya en tiempo de Justiniano parece se hallaba en desuso esta diferencia, pues dice el §. *últ. Inst. De interdict.*: en el dia todos los juicios son *extraordinarios*. Y juicios *extraordinarios* eran aquellos en que el mismo magistrado administraba justicia. Sin embargo de aquel antiguo rito quedó la distincion entre el cargo *noble* y el *mercenario*, del juez. Llamamos oficio noble, siempre que el juez puede decretar algo sin habersele pedido; por ejemplo, si puede mandar que se abonen las costas del pleito. Y oficio *mercenario* es, cuando no puede decretar sino lo que se le pida: así, por ejemplo,

no decreta el juez la citacion sin que se la demanden.

§. MCCCXXX — MCCCXXXIII. II.º Sigue la otra parte del título: cuál es el oficio del juez? Resp. 1.º Juzgar rectamente conforme á las leyes y constituciones: así Justiniano, *pr. Inst. h. t.* Pero en el dia ha de invertirse el orden, pues lo primero de todo debe procurar el juez juzgar con arreglo á las *costumbres* de cada pueblo, porque ya vimos arriba, §. 72. 3, que derogán la misma lei. Donde no hai *costumbres* particulares, debe juzgar segun las *constituciones*, ó en las repúblicas libres, segun los *estatutos*, pues estos tienen mas autoridad que el Derecho romano, el cual solamente está recibido *como auxiliar*, caso de no haber lei ó *costumbre* nacional, §. 17. Últimamente, cuando no hai *estatutos*, ó al ménos si los *estatutos* no deciden el caso, se ha de juzgar conforme á las leyes, esto es, con arreglo al Derecho *comun* romano, ó solo, ó juntamente con el Derecho canónico, segun lo han establecido las diversas legislaciones de cada país. 2.º Ha de observar las leyes y el orden de proceder admitido en cada provincia; pues cuanto obre fuera de la legalidad, será nulo *ipso iure*; por ejemplo, si uno da sentencia sin oír á una de las partes. 3.º Ha de ejecutar la sentencia, si adquiere la autoridad de cosa juzgada. No obstante guardan nuestras leyes la discrecion de conceder al reo que ha sido condenado en alguna cantidad, un pequeño plazo ó respiro, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal que afianze que pagará. §. 2. *Inst. h. t.*, pues no siempre tienen pronto el dinero ni aún los ricos. Y de aquí es que suelen decir los pragmáticos: *ninguno está obligado á presentarse en juicio con el bolsillo ó talego de dinero*. Mas si uno ha sido condenado á la restitucion de la especie, por ejemplo, de una casa ó fundo, se ha de entregar al punto, pues esta puede restituirla el poseedor en cualquier momento, y no es necesario concederle plazo, *L. 9. ff.*

De rei vindic. Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, ántes de que se me entregue: lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que lo declara, *L. 8. §. 4. ff. Si serv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y debería ser real, si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos, §. 429. (c) Se exceptúan sin embargo los tres juicios divisorios, *de señalar los límites, dividir las cosas comunes y partir la herencia*, en los que conseguimos al momento, sin la tradicion, el dominio de cuanto se nos adjudica (§. 329) §. *últ. Inst. h. t.*

TÍTULO XVIII.

DE LOS JUICIOS PÚBLICOS.

§. MCCCXXXIV — MCCCXXXIX. También se ha terminado ya la tercera parte de las Instituciones, á saber, la de las acciones, pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aquí, sino al público, puesto que habla de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como un apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos*. Son aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren también solamente la persecucion privada: estos al contrario turban la seguridad pública, y de aquí es que se vengán con público castigo, §. 4035. De donde se colige claramente por qué se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar

á los facinerosos; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1º En los juicios privados hai actor; en los públicos acusador. 2º Aquellos los mueve la persona á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la mujer, ni el infame, escepto en el crimen de lesa majestad), ó también la misma sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal. 3º En aquellos solo afianza el actor que abonará las costas al reo vencedor, si es convencido de haber litigado temerariamente, §. 1314. 2; en estos debe señalar el crimen, obligándose con la pena del talion, si no lo prueba, *L. 7. pr. L. últ. C. De accus. et inscr.* 4º En aquellos se trata de la satisfaccion privada; en estos pide el acusador el castigo ó vindicta pública, ya sea ó no de pena capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil*, pues también se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, (§. 223) ó la *natural*, por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, ó á la decapitacion, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, *L. 28. pr. §. 11. L. 8. §. 1. y sig. ff. De penis.* Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad, *L. 6. §. últ. L. 8. pr. L. 28. ff. De penis*, pues los que la sufren, ni son privados de la vida, ni de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados: hai ahora que advertir que los crímenes públicos son ó *públicos* por escelencia, ó *extraordinarios*: llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legítima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ajemplo y dignos de castigo, sobre los

De rei vindic. Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, ántes de que se me entregue: lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que lo declara, *L. 8. §. 4. ff. Si serv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y debería ser real, si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos, §. 429. (c) Se exceptúan sin embargo los tres juicios divisorios, *de señalar los límites, dividir las cosas comunes y partir la herencia*, en los que conseguimos al momento, sin la tradicion, el dominio de cuanto se nos adjudica (§. 329) §. *últ. Inst. h. t.*

TÍTULO XVIII.

DE LOS JUICIOS PÚBLICOS.

§. MCCCXXXIV — MCCCXXXIX. También se ha terminado ya la tercera parte de las Instituciones, á saber, la de las acciones, pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aquí, sino al público, puesto que habla de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como un apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos*. Son aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren también solamente la persecucion privada: estos al contrario turban la seguridad pública, y de aquí es que se vengán con público castigo, §. 4035. De donde se colige claramente por qué se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar

á los facinerosos; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1º En los juicios privados hai actor; en los públicos acusador. 2º Aquellos los mueve la persona á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la mujer, ni el infame, escepto en el crimen de lesa majestad), ó también la misma sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal. 3º En aquellos solo afianza el actor que abonará las costas al reo vencedor, si es convencido de haber litigado temerariamente, §. 1314. 2; en estos debe señalar el crimen, obligándose con la pena del talion, si no lo prueba, *L. 7. pr. L. últ. C. De accus. et inscr.* 4º En aquellos se trata de la satisfaccion privada; en estos pide el acusador el castigo ó vindieta pública, ya sea ó no de pena capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil*, pues también se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, (§. 223) ó la *natural*, por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, ó á la decapitacion, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, *L. 28. pr. §. 11. L. 8. §. 1. y sig. ff. De penis.* Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad, *L. 6. §. últ. L. 8. pr. L. 28. ff. De penis*, pues los que la sufren, ni son privados de la vida, ni de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados: hai ahora que advertir que los crímenes públicos son ó *públicos* por escelencia, ó *extraordinarios*: llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legítima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ajemplo y dignos de castigo, sobre los

que no existe sin embargo lei particular, ni señalada por ella pena ordinaria; por lo que se castigan estos crímenes extraordinariamente, atendidas las circunstancias. Por ejemplo, acerca de los adulterios existe una lei particular de los adulterios: luego el adulterio es un crimen público. Mas si uno rompiese los diques del Nilo, aunque seria esta maldad de fatal ejemplo, como no existe ninguna lei particular, seria castigado extraordinariamente. De los crímenes extraordinarios se trata en la última parte de la L. 47. ff. Ahora hablaremos brevemente de los públicos propiamente dichos. Tales son doce, sobre los que hai otras tantas leyes: 1º la lei julia de lesa majestad, §. 1340-1345; 2º la lei julia de adulterios, §. 1346-1355; 3º la lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros, §. 1356-1358; 4º la lei pompeya de los parricidas, §. 1359-1361; 5º la lei cornelia de los falsarios, §. 1362 y 1363; 6º la lei julia de la fuerza pública y privada, §. 1364 y 1365; 7º la lei julia del peculado, §. 1366 y 1367; 8º la lei fabia de los plagiarios, §. 1368; 9º la lei julia del soborno (*repetundarum*); 10º la lei julia de los que compran con dinero los cargos públicos (*de ambitu*); 11º la lei julia de la carestía de viveres (*de annoná*); y 12º la lei julia de los que roban el tesoro público administrándolo (*de residuis*), §. 1369 y 1370.

§. MCCCXL—MCCCXLV. 1. La lei julia de lesa majestad tan severa en sí misma, de tal modo la llenaron de saña Arcadio y Honorio en la L. *Quisquis C. Ad L. jul. maj.*, y es ya tan horrorosa, que mas bien parece escrita con sangre que con tinta. La lei julia, dada por Julio César, castiga todo hecho cometido directamente contra la seguridad de la república, ó contra la majestad del sumo imperante, L. 1. §. 1. ff. *Ad L. juliam majest.* Es este crimen de dos maneras: de estado (*perduellionis*) y de lesa majestad en especie (*majestatis in specie*). Dicese delito de estado el que

se comete con ánimo hostil contra la república ó sus primeros ministros, L. 5. pr. C. eod.; y lo perpetran todos los que maquinan contra la república, matan al príncipe, ponen asechanzas á su vida y dignidad, ó se arrojan los derechos de la majestad etc. Hai un largo catálogo de semejantes maldades en la L. 1. ff. eod. Llámanse reos de lesa majestad los que no obran hostilmente contra la república, pero ofenden al sumo imperante de palabra ó hecho; por ejemplo, los que profieren palabras injuriosas al príncipe. El primer crimen es mas horrible, y se castiga con mas severidad que todos los demas, pues 1º al reo de estado se impone el último suplicio, y segun el uso moderno en Alemania se le divide en cuatro partes; en Inglaterra se le pone en la argolla, y sacándole de ella vivo, extraídos el corazon y los intestinos, se le divide en cuatro partes. En Francia es descuartizado por cuatro caballos. 2º Se condena despues de la muerte la memoria del que sufrió el suplicio, §. 3. *Inst. h. t.* De aquí es que en muchos pueblos está admitido que se derribe la casa del condenado, y se erija en el solar una columna, en que se inscribapara su oprobio la maldad cometida por su poseedor. 3º Todos sus bienes se confiscan, L. ult. ff. L. 5. C. eod., á pesar de haber cesado la confiscacion en los demas delitos, desde que Justiniano abolió la servidumbre de la pena, §. 83*. 4º Tambien son infames los descendientes; y los varones, por ser sospechosos de venganza, están excluidos de la herencia de sus abuelos padres y estraños, y aún de toda esperanza de alguna dignidad; mas á las hijas se les deja la herencia legítima materna y de sus abuelos solamente, porque no tiene que temer de ellas el estado, L. 5. 6. eod. Tan atroz es la pena del delito de estado. Asimismo se observan muchas cosas estraordinarias en el modo de proceder, pues 1º aquí acusan todos, aún los inhábiles, por ejemplo, las mujeres, los infames, etc.

L. 7. pr. ff. 2. L. 8. ff. eod. 2º No puede el reo valerse de abogados, ni 3º de apelacion, sin embargo de ser causa de sangre y de perjuicio irreparable, *L. 5. §. 2. C. eod. L. 6. §. 9. De injust. rupt. irrit.* 4º Tambien pueden examinarse testigos inhábiles, *L. 7. §. 1. C. Ad L. jul. majest.*; tanto que antiguamente podian ser atormentados los siervos en la causa del señor; lo que no se hacia en ninguno de los otros delitos. 5º Se castiga el mero consejo, y aún el silencio, á saber, si uno tuvo noticia de una conjuracion y no la delató al magistrado; lo cual se halla claramente en la *L. 5. pr. §. 6. 7. C. eod.* Sin embargo de no haber hecho mas que repetir esto mismo el príncipe de los glosadores, Bártulo, incurrió Baldo en la sandez de decir, *L. 1. Consil. cap. 34*, que su alma debia de hallarse en los infiernos por semejante aserto. Qué absurdo! pues ¿quién dudará que el que en tiempo del rei Jacobo I de Inglaterra supo que algunos soldados querian incendiar con pólvora el edificio del parlamento, juntamente con el rei y los magnates de la nacion, y guardó silencio, delinquirió igualmente contra la sociedad, que si tuviera parte en el atentado? Se objetará que se resiente esto mucho de injusticia; pero, como dice Tácito, todo castigo ejemplar que se fulmina contra alguno por utilidad pública, tiene algo de injusto, *Annal. lib. XIV. c. 44*. El crimen de *lesa magestad* propiamente dicho, se castiga con alguna mas lenidad, pasando al reo por las armas, apaleándole ó desterrándole, segun lo exigen las circunstancias del hecho cometido, §. 2. *Inst. h. t.*, sin que sea digna de un buen príncipe aquella sentencia de la *L. ún. C. Si quis imperat. maled.* Si cualquiera hace verbalmente alguna ofensa contra el príncipe por lijereza, debe despreciársele; si por locura, es mui digno de conmiseracion; si últimamente por injuria, debe perdonársele.

§. MCCCXLVI — MCCCCLV. 2. La otra es la *lei julia de*

los *adulterios*, que sin embargo de tener el nombre particular de adulterio, castiga no obstante otros delitos carnales, como la *vénus monstruosa* y *nefanda*, el *incesto*, el *estupro* y la *alcahuetería*. (a) *Adulterio* en el dia es la *violacion de la fe conyugal*. Pero los romanos formaban distinta idea de este crimen, pues llamaban adulterio la corrupcion de la mujer casada ó desposada. Por tanto era adúltera la mujer casada que tenia trato ilícito, ya con otro casado, ya con célibe, y todos los que la desfloraban, eran adúlteros, bien fuesen célibes ó casados. Mas si el marido trataba con soltera ó viuda, ni él ni ella eran adúlteros, porque no se habia violado á una mujer casada ó desposada con otro, *L. 6. §. 4. ff. Ad L. jul. de adult.* La pena de este delito por la lei julia, dice Justiniano, que era la de muerte, §. 4. *Inst. h. t.*, y lo sostuvieron fuertemente los antiguos, aún Márcos Lyklama, *In membran. passim*. Sin embargo es esto falso, pues consta claramente por Paulo, *Recept. sent. lib. II. tit. 26. §. 44*, que Augusto, autor de esta lei, no quiso castigar con mas severidad á los adúlteros y adúlteras, que con la relegacion á una isla, y la confiscacion de la mitad de los bienes de ambos y mitad de la dote de la mujer. El primero que estableció la pena de muerte, fué Constantino M., *L. 31. §. 1. C. Ad L. jul. de adult.* Y ha de tenerse presente que la lei julia concede tambien algo á los zelos y venganza privada; pero solamente al padre y marido de la adúltera. Sin embargo hai entre estos diferencia, pues (a) el padre puede matar al adúltero y á la hija cogidos en adulterio; el marido solamente al adúltero, no á la mujer adúltera. (b) Respecto de aquel es igual que encuentre á los adúlteros en su casa, ó en la del yerno: respecto de este se requiere que los sorprenda en su casa, ó que para matar en otra parte al adúltero, le amenaze por tres veces, *L. 20. y sig. ff. Ad L. jul. de*

adult. y Nov. CXVII. 15. (c) El marido solo puede matar al adúltero de vil condicion; el padre á cualquiera, *L. 24. pr. ff. eod.* (d) El mismo nombre escusa la definicion de la *vénus monstruosa y nefanda*, pues nefanda quiere decir que no se puede hablar de ella honestamente. La pena á vezes es la de quemar al reo vivo, otras la de muerte simplemente. Los criminalistas examinan los diversos casos. (c) *Incesto* es el comercio de dos personas que no pueden juntarse por consanguineidad, §. 158 y sig. Si pues uno tuvo trato carnal con su descendiente ó ascendiente, por ejemplo, el padre con la hija, el hijo con la madre ó el abuelo con la nieta, este incesto se llama *de derecho de gentes*; si con otras personas consanguíneas ó afines, *de derecho civil*. Las leyes romanas castigaban con la deportacion el incesto de derecho de gentes, y el de derecho civil arbitrariamente, *L. 5. ff. De quæst. Nov. XII. c. 1.* Mas en el dia siempre se impone la pena de muerte en el primer caso, *Carpz. Prax. crim. P. 1. qu. 74.* (d) *Estupro* es la violacion hecha sin fuerza de la virgen ó viuda que vive honestamente, *L. 6. §. 1. L. 34. pr. §. 1. ff. Ad leg. jul. de adult.* Con la ramera y prostituta no se comete estupro, sino deshonestidad (*scortatio*). La pena del estupro en las personas ilustres era la confiscacion de la mitad de los bienes, y en las humildes pena corporal y relegacion, §. 4. *Inst. h. t.* En el dia se expía comunmente con pena pecuniaria en muchas partes bastante pequeña, y ademas tiene la estuprada accion para pedir que se la dote, y que se señalen alimentos á la criatura; y aún muchas vezes se observa la regla de que, *ó se case ó la dote*, *Deuter. c. 12. v. 29*, especialmente si cometió estupro con palabra de matrimonio. (e) *Alcahuetería* es un crimen, por el cual prostituye uno á otros las mujeres con el fin de lucrar, *L. 29. pr. ff. Ad L. jul. de adult.* Si uno prostituye á su hija ó mujer, tiene pena

capital; si á otras mujeres, arbitraria, *Nov. XIV.*

§ MCCCLVI — MCCCLVIII. 3. Sigue la *lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros*, dada por L. Cornelio Sula, dictador, (a) Llámase aquí *asesinos* todos los homicidas; y el homicidio es de tres maneras: *doloso*, que se hace con ánimo de matar, y por tanto con do'lo malo: *culpable*, que se hace por culpa y negligencia, por ejemplo, si el médico cortase un pié atacado de gangrena y despues descuidase al enfermo y le abandonase; *casual*, el que se verifica casualmente, por ejemplo, si reventándose mi escopeta por acaso matase á uno; al cual referimos el que se hace en la justa defensa, de que se ha hablado en el §. 4082. El doloso se castiga con pena capital, *Gen. cap. 9. v. 5 y 6.* ¿Y si niega el reo que lo hizo con ánimo de matar? Esto se infiere por el género de arma de que usó, *L. 1. §. 3. ff. Ad L. corn. de sic.*, pues á la verdad, si uno hiere á otro con una escopeta, y sin embargo dice que no tenia ánimo de matar, no será oído. El homicidio culpable se castiga arbitrariamente segun la culpa, como con baquetas, relegacion, multa etc. El casual manifiestamente está fuera de pena, porque ninguno es responsable del acaso. De paso ha de notarse, que si uno corrompe á otro con dinero, para que mate á alguno, se llama *asesinador (assassinator)*, y aquel que recibió el dinero y cometió la muerte, *asesino*. El primero suele ser castigado con pena de muerte, este con quebratamiento de piernas. (b) La voz *veneficium* se toma en dos sentidos: á vezes significa el crimen de los que hicieron, vendieron ó dieron veneno con el fin de matar á algun hombre, *L. 1. §. 1. L. 3. pr. §. 1. 2. ff. eod.*; y á vezes denota el delito de los que matan á los hombres con sortilegios y encantos, §. 5. *Inst. h. t.* La pena de ambos delitos por Derecho romano es capital, *d. §. 5. Inst. h. t.* Pero en el dia á los que dan á beber venenos, si son va-

rones, se les quebrantan los huesos; si son hembras, se las mete en un cuero y se las echa al agua. Los que tienen pacto con el demonio ó sortilegos (si es que los hai), son quemados vivos; á los que matan á los hombres con encantos, se les quita simplemente la vida. Seria largo tratar de todos los cuentos de viejas que creían los jueces antiguamente sobre este particular, y mas cuando hoy día se procede con mas circunspeccion en la mayor parte de los países. Sobre este asunto gozan de reputacion los escritos del célebre Tomasio *De crimine magia*.

§. MCCCLIX — MCCCLXI. 4. Sigue la *lei pompeya de los parricidas*. Aunque en otros casos *parricidio* significa la muerte de los padres, sin embargo aquí se toma mas latamente el vocablo por todo homicidio cometido entre parientes consanguíneos y afines. Á la verdad en la *L. 1. pr. ff. Ad L. pomp. de parr.*, son comprendidos (a) entre los ascendientes cognados el *padre*, la *madre*, el *abuelo* y la *abuela*; (b) entre los colaterales el *hermano*, la *hermana*, el *primo hermano por parte de padre y de madre*, los *tios pater- no* y *materno*, las *tias paterna* y *materna*, y la *prima por padre y por madre*; (c) entre los afines el *yerno*, el *suegro*, el *padrastro*, el *hijastro* y la *hijastra*; (d) se añaden el *marido* y la *mujer*, y (e) el *patrono* y la *patrona*. Alguno podria estrañar que no se hiciera aquí mención de los hijos, cuando se hace de los hijastros; pero en el tiempo en que se dió la *lei pompeya*, todavía tenían los padres sobre los hijos el derecho de vida y muerte, §. 138. 4., y por tanto no era parricida el padre que mataba al hijo ó á la hija. La pena del parricida era gravísima, y está recibida en el día con corta diferencia, pues (a) al parricida, como á indigno de todos los elementos, se le mete en un saco de cuero, y para que entre aquellas angustias mortales no goze del aire, ni del fuego, ni del agua, ni

de la tierra, se le arroja al mar ó al río. (b) Ártes del suplicio se le daban baquetas de sangre; lo cual no está en uso al presente. (c) En el saco de cuero se metían juntamente *un perro*, *un gallo*, *una víbora* y *un mono*, porque tambien estos animales suelen cometer parricidios. Si no está próximo el mar ó el río, mandan las leyes que se queme vivo al reo, ó se entregue á las fieras, *L. 9 pr. ff. ad L. pomp. de parr.*; pero en el día no se hace mas que quitarle la vida.

§. MCCCLXII y MCCCLXIII. 5. La *lei cornelia de los falsarios* castiga varios crímenes, que todos consisten en la falsificacion ú ocultacion de la verdad. Tales son el *falso testamento*, si uno escribe un falso testamento, ú otro instrumento, lo adultera, ó lo supone. *La moneda falsa*, si uno acuña ó pone en circulacion moneda falsa. *El testigo falso*, si uno da falso testimonio. *La susposicion del parto*, la *falsa medida y peso*, el *nombre falso tomado con el fin de engañar á otro*. La pena del siervo, si comedia alguno de estos delitos, era el último suplicio; y si hombre libre, la deportacion ó confiscacion de bienes, *L. 1. §. ult. L. 27. fin. L. 32. ff. Ad L. corn. De fals.* En el día es comunmente arbitraria la pena, segun la variedad de circunstancias. Solo dos falsedades se castigan con el suplicio capital: 1º Si uno dando testimonio falso, ha sido causa de que otro haya sido condenado á muerte: 2º el crimen de moneda falsa, cuya pena es arrojar á las llamas al que acuñó ó esparció moneda, falsa en la materia ó metal, *L. 2. C. de fals. monet.*

§. MCCCLXIV y MCCCLXV. 6. La sexta lei es la *julia de la fuerza pública y privada*, aunque estas mas bien son dos leyes. 1º Llábase *fuerza pública* la fuerza atroz, especialmente armada, por la cual se altera la seguridad pública, *L. 10. pr. §. ult. ff. Ad L. jul. de vi pub.*, á la cual se refiere tambien el rapto de las doncellas. 2º *Privada* al

contrario es la fuerza ménos atroz y cometida sin armas contra los particulares. Aquella se castigaba con la deportacion, §. 8. *Inst. h. t.*; el rapto de las doncellas se castiga por las leyes humanas con pena capital, *L. 11. L. 5. §. 2. ff. Ad L. jul. de vi publ.*; la fuerza privada se castiga con la infamia y confiscacion de la tercera parte de los bienes. El que altera en el dia la pública tranquilidad, es condenado á pena capital, aunque en los mas de los casos es arbitraria la pena.

§. MCCCLXVI y MCCCLXVII. 7. La *lei julia del peculado y sacrilegios* castiga dos crímenes. *Peculado* es el robo del dinero público, cometido por el que lo administra: *sacrilegio* es el robo de la cosa sagrada en lugar sagrado, §. 9. *Inst. h. t.* La pena del primer delito era la deportacion ó el cuádruplo, *L. 6. §. ult. L. pen. ff. Ad L. jul. de pecul.* El sacrilegio se reprime unas veces extraordinariamente, otras con pena capital, *L. 9. pr. eod.* Aquella lei pareció necesaria, porque entre los romanos se castigaba el hurto muy blandamente; mas en el dia, en que es mas atroz la pena del hurto, á saber, la de horca, se castigan los reos de peculado y sacrilegios como los demas ladrones, al ménos entre los protestantes. Entre los católicos, el que roba el copon en que se guardan las hostias consagradas, es quemado vivo; y no es difícil adivinar el motivo de este rigor.

§. MCCCLXVIII. 8. La *lei fabia de los plagiaris* es de incierto tiempo y origen. Llámense *plagiaris* los que roban los hombres, libres ó siervos. En el dia se llaman vulgarmente plagiaris los que se aprovechan de los libros de otros, y se adornan con plumas ajenas. Pero este delito no se castiga con ningun suplicio, sino con la mofa, como el delito de la corneja de Esopo. Los plagiaris propiamente dichos, son castigados unas veces con pena arbitraria, y otras con pena capital, segun la inten-

cion que tuvieron y la gravedad del hecho; por ejemplo, si un judío roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX. De los cuatro crímenes restantes no diremos nada, pues no es tanta la severidad de nuestros tiempos, que merezcan un gran castigo. Basta saber las definiciones. *Crimen de soborno (repetundarum)* es el que cometen los que reciben dinero en su oficio injustamente, por ejemplo, los jueces que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *de víveres (annonæ)* es, cuando uno acopia los víveres para encarecerlos. Cometen el crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y defraudan el dinero administrado. Pero la corrupcion de este siglo hace que en delitos de esta naturaleza.

Parcatur corvis, vixet censura columbas.

APÉNDICE PRIMERO.

MODO DE CONCILIAR

EL DERECHO ROMANO

EN CASO DE UNA CONTRADICCIÓN

ENTRE SUS DIFERENTES PARTES.

Cuando dos ó mas pasajes de los libros de Derecho romano contienen disposiciones diferentes ó contradictorias sobre una misma materia, ante todas cosas debe mirarse si esta contradicción es solo aparente, y si se puede hacerla desaparecer por la corrección del testo ó por la interpretación. Si no se puede, se parte de este principio: *Lex posterior semper derogat priori*. No obstante en los casos en que se encuentre una contradicción, nunca se debe perder de vista el carácter particular de cada compilación de leyes; y así sobre este punto hai varias reglas que observar: 1ª Cuando la contradicción viene de que se ha derogado una ley por otra posterior, la última debe ser siempre preferida; por ejemplo, las *Novelas* tienen mas autoridad que la *Instituta*, las *Pandectas* y el *Código*; y entre las mismas *Novelas* las últimas anulan las mas antiguas. El *Codex repetitæ præl.* es de mas fuerza que las *Pandectas* y que la *Instituta*, por ser mas nuevo y deber su existencia á una nueva revisión del Derecho vigente. 2ª Cuando la contradicción proviene de que en un pasaje se cita de un modo histórico el Derecho antiguo,

miéntras otro contiene el Derecho nuevo, es natural que sea preferido el último. 3ª Si la *Instituta* y las *Pandectas* están en contradicción, y si esta no puede desaparecer por medio de correcciones y distinciones, en este caso es mayor la dificultad. Si se considera que Justiniano al formar las *Pandectas*, llevó por objeto instruir, pero sobre todo dar un libro de Derecho para la práctica, y que por el contrario la *Instituta* estaba destinada para la enseñanza; que fuera de esto el desigño de este emperador no fué derogar las *Pandectas* por la *Instituta*; y en fin que las *Pandectas* deben mirarse en cierto modo como el original de donde se ha sacado la *Instituta*; es claro que deben preferirse las *Pandectas*, ménos cuando la *Instituta* contiene una disposición mas reciente; que entónces *lex posterior derogat priori*. 4ª Si en una misma compilación se encuentran contradicciones, debe preferirse la opinión confirmada por los compiladores; en caso de no haberla, no se puede sentar ninguna regla general (1). Para conciliar y esplicar dos textos así contradictorios, debe á la vez atenderse á la conexión histórica é interior de las materias donde se halla la contradicción, á la analogía, al lugar que ocupan en la compilación, á su antigüedad, á su naturaleza y á los principios en que están fundados; pero solo un intérprete instruido é inteligente puede fallar sobre casos particulares.

(1) Justiniano no quiere reconocer semejantes antinomias en las *Pandectas*: en su *Const. Tanta*, § 15. dice: *Contrarium autem aliquíd in hoc codice (juris enucleati) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excuset.*

IDEA DE LA POSESION Y DE SU NATURALEZA EN
EL DERECHO ROMANO.

§. I.

DE LA DETENCION.

La posesion en su sentido primitivo no es otra cosa que el resultado del hecho de tener una persona en su poder una cosa corporal, de manera que puede servirse é impedir que otro se sirva de ella. Esta relacion de hecho de un individuo con una cosa se llama *detencion*, y es el fundamento de toda idea de posesion (1).

§. II.

POSESION EN EL SENTIDO DEL DERECHO.

Para convertir la relacion de *detencion*, que en sí misma no es sino material, en una *posesion legal*, y por consiguiente en un origen de ciertos derechos, debe el poseedor de la cosa tener intencion (*animus*) de poseerla como propiedad suya (2). Si la intencion del que tiene una cosa, es solamente hacer uso de ella como propiedad ajena, se dice en el Derecho romano *non possidet*, es decir,

(1) *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, à sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. L. 1. pr. ff. lib. 41. tit. 2.*

(2) Sin embargo no debe confundirse la *posesion* con la *propiedad*. Se puede tener la posesion jurídica de una cosa sin ser su propietario, y *vice versa*, ser propietario de un objeto sin ser su poseedor: *Nihil commune habet proprietas cum possessione L. 12. ff. 41. 2.*

que no posee la cosa legalmente, ó que *alieno nomine possidet*, lo cual significa que ejerce por otro el derecho de posesion (1).

§ III.

EFECTOS DE LA POSESION LEGAL.

Cuando la posesion es legal, da derecho á los interdictos, y conduce á la propiedad por medio de la usucapion (2). 1º El derecho *ad interdicta* supone la existencia de una posesion legal, esto es, con *animus*; pero nada mas supone. Por eso el que ha adquirido la posesion de una cosa con violencia, ó que bajo otros respectos es poseedor injusto, puede segun esta regla recurrir á los *interdicta* (3). 2º La usucapion supone tambien la existencia de una posesion legal; pero no basta esta sola posesion para la usucapion. Se necesita ademas que haya empezado de *buena fe*, que esté fundada en una *justa causa*, y que el objeto de la posesion sea susceptible de usucapion.

§. IV.

DIFERENTES ESPECIES DE POSESIONES LEGALES.

Deben pues distinguirse dos especies de posesiones legales: *possessio ad usucapionem* y *possessio ad interdicta*.

(1) Como sucede en el comodatario, depositario y arrendador.

(2) Estas consecuencias de la posesion legal son lo que se llama *jus possessionis* ó derecho de posesion; y este derecho es diferente del *jus possidendi*, que es el derecho de obtener la posesion de una cosa, el cual no pertenece á la materia que aquí tratamos.

(3) *Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (uti possidetis) nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quo possessor est, plus juris habet, quam ille qui possidet. L. 1. §. 9. L. 2. ff. 45. 17.*

La conexión que hai entre estas dos posesiones, es que la *possessio ad usucapionem* supone algunas condiciones mas que la *possessio ad interdicta*; esta se contiene siempre en la primera (1); pero aquella puede existir sin la otra. Esta distinción de la posesion legal introdujo las diferentes espresiones de que se sirven los juriconsultos romanos, segun que consideran la posesion en sus relaciones legales con la *usucapion*, ó bien con los *interdictos*. 1º Solamente la *possessio ad usucapionem* se llama entre ellos *possessio civilis*; y se dice de aquel que posee de manera que puede usucapir, *civiliter, jure possidet* (2). Cualquiera otra posesion se llama *possessio naturalis*, por oposicion á la *possessio civilis*, importando poco que por otra parte sea una *simple tenencia* la *posesion legal*. 2º La *possessio ad interdicta* es en los escritos de los juriconsultos romanos la que debe entenderse por la palabra *possessio* tomada aisladamente, siempre que se emplee esta palabra para espresar una posesion legal, y tambien para este efecto se hace uso de la palabra *possidere* (3). Cualquiera otra posesion, esto es, la simple detencion, que ni aún da derecho á los *interdictos*, se llama tambien *possessio naturalis*. La simple detencion se espresa ademas por las palabras, *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione*.

(1) Así el que posee *ad usucapionem*, tiene tambien derecho *ad interdicta*, escepto cuando este último derecho por razones particulares pertenece á otra persona, por ejemplo, al que ha recibido una prenda: *Qui pignore dedit ad usucapionem, tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet*. L. 16. ff. 4. 3.

(2) Véase la L. 3. §. 15. ff. 10. 4. *Sciendum est adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit ad exhibendum teneri placet*.

(3) §. 5. 1. 4. 15.

§. V.

OTRAS DIVISIONES DE LA POSESION EN GENERAL.

POSSESSIO JUSTA VEL INJUSTA.

Respecto de la causa (*causa, titulus possessionis*), en virtud de la cual una persona posee una cosa ó la tiene en su poder, la posesion es *justa* ó *injusta*. 1º La *possessio justa* es aquella que ha empezado de una manera lícita, y cuya causa está autorizada por la lei, ya sea una posesion propiamente dicha para producir derechos, ya simplemente una detencion (1). 2º La *possessio injusta* es lo contrario; en ella se encuentran principalmente los tres vicios de la posesion, es á saber, que ha principiado de una manera *violenta, clandestina, precaria; vi, clam, precario* (2). Por lo que hace á la causa de la posesion, importa principalmente no olvidar la regla: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Al principio esta regla era concerniente á la antigua *usucapio pro herede*, y significaba que el que habia empezado á poseer con título particular, no podia á su arbitrio y con la conciencia de su injusticia, mudar su posesion en una *possessio pro herede* (3). Con el tiempo parece que entre los mismos romanos fué interpretada en el sentido, de que el que solamente habia detentado una cosa, no podia por su sola voluntad mudar esta tenencia en una posesion legítima (4),

1) Esto demuestra la falsedad de aquella conclusion, *justè possidet, ergo possidet!*.

(2) L. 1. §. 9. L. 2. ff. 43. 17.

(3) L. 2. §. 1. ff. 41. 5.

(4) L. 1. §. 2. ff. 41. 6.

del mismo modo que aquel que tenía una posesion simplemente legal y no *ad usucapionem*, no podia hacerla *possessio ad usucapionem* por el solo efecto de su detencion.

§. VI.

POSSESSIO BONÆ ET MALÆ FIDEI.

La posesion es ademas ó posesion *bonæ fidei*, ó posesion *malæ fidei*. 1º El poseedor de buena fe es aquel que cree que ningun otro tiene mas derecho que él para poseer la cosa que posee (1); 2º y poseedor de mala fe aquel que sabe que no tiene derecho para poseer (2).

§. VII.

NATURALEZA DE LA POSESION LEGAL CON *animus*.*Su objeto, y personas que pueden tenerla.*

De la idea de la posesion con *animus* (§. II.) se sigue, que ciertas cosas no pueden ser objeto de ella, y que no puede pertenecer á ciertas personas. 1º Una cosa que no puede adquirirse en propiedad, tampoco puede ser objeto de una posesion legal (3); y por eso no se puede poseer una cosa que está fuera del comercio de los hombres. 2º Toda persona que no puede ser propietaria, es tambien incapaz de tener una posesion legal (4).

(1) L. 109. §. 19.

(2) §. 39. L. 2. 4. L. 38. ff. 41. 3.

(3) L. 30. §. 1. ff. tit. 2. Por esta razon entre los romanos un hombre libre, conocido por tal, no podia ser poseido.

(4) De aquí viene que entre los romanos los hijos de familia, los esclavos y los prisioneros de guerra eran incapaces de poseer; lo cual

§ VIII.

COMPOSSESSIO.

Toda posesion es exclusiva por su naturaleza, es decir, que lo que es poseído por una persona, no puede serlo por otra. De consiguiente una misma cosa no puede ser poseída por muchas personas á un mismo tiempo, de manera que cada una de ellas la posea enteramente (*possessio plurium in solidum* (1)). Sin embargo muchas personas pueden poseer en comun las partes intelectuales de una cosa, y esto es lo que se llama *compossessio* (2); ó pueden poseer una cosa bajo relaciones diferentes y con diversos efectos (3).

§. IX.

JURIS QUASI-POSSESSIO.

Propiamente hablando solo las cosas corporales pueden ser objeto de la posesion, porque solo ellas pueden ser detentadas (4). Pero como la posesion legal de una cosa corporal no es en el fondo mas que el ejercicio de hecho

admitia sin embargo una escepcion respecto al peculio de los primeros.

(1) L. 3. §. 5. ff. 41. 2. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.* L. 19. pr. ff. 43. 26.

(2) Aquí se supone que la parte de cada uno está determinada y conocida. L. 3. §. 2. ff. 41. 2.

(3) Como sucede con una cosa dada en prenda; el que la ha dado, la posee *ad usucapionem*, y el que la ha recibido, *ad interdicta*. L. 16. ff. 41. 3.(4) *Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia.* L. 3. pr. ff. 41. 2.

del derecho de propiedad sobre esta cosa, el ejercicio de los otros derechos, como de los deservidumbre, presenta alguna semejanza con una verdadera posesion. Los juriconsultos romanos llamaron á esta especie de posesion *juris quasi-possessio*; y por esta denominacion entienden el ejercicio de un derecho, tanto respecto de los *interdictos*, como respecto de la *usucapion* (1).

§. X.

FICTA POSSESSIO.

Á veces sucede que alguno es mirado y tratado legalmente como poseedor, aunque no lo sea en realidad. Cuando esto sucede, se llama *ficta possessio*, y se observa en dos casos: 1º se halla en aquella persona *qui dolo possidere desiit*, esto es, que se ha despojado de la posesion de una cosa con la intencion fraudulenta de hacer difícil que otro siga su derecho sobre la misma cosa (2); y 2º en aquel *qui liti se obtulit*, esto es, que se empeña, como si verdaderamente tuviese la posesion legal en un pleito dirigido contra él por una cosa que no posee, ó que por lo ménos no posee legalmente (3).

§. XI.

DE LA ADQUISICION DE LA POSESION.

Condiciones generales.

Para la adquisicion de la posesion de derecho siempre

- (1) Por ejemplo, *L. 3. §. 17. ff. 43. 16.*
 (2) Solamente sucedia esto en la peticion de herencia *L. 20. §. 2. ff. 5. 3.* Despues se estendió á todas las acciones *in rem*, *L. 27. §. 33. ff. 6. 1.*
 (3) *L. 25. 26. 27. pr. ff. 6. 1.*

son necesarios dos requisitos (1): 1º la *aprehension de la cosa*, esto es, la accion *in corpus*, por la cual el que quiere adquirir la posesion de una cosa, se pone en tal relacion con esta cosa, que él solo puede servirse de ella á su arbitrio: 2º es menester que esta *aprehension* esté acompañada de una voluntad determinada (*animus*), que tenga por objeto disponer de la cosa como *propia*. Cuando se encuentran reunidas estas dos condiciones, se ha adquirido ya la posesion (2).

§. XII.

APREHENSION (*corpore*)

Para la *aprehension* no es necesario que se tome inmediatamente la cosa *corpore*; la *aprehension* consiste mas bien en que por una operacion corporal aquel que quiere adquirir una cosa, se ponga físicamente en estado de servirse de ella en todo tiempo á su voluntad. Por eso en el Derecho romano hai *aprehension* (a) para una cosa inmueble, 1º si el que quiere adquirir su posesion, ha puesto el pié en cualquiera parte de la heredad (3): 2º ó bien si el que era su poseedor, la muestra desde léjos al adquirente con intencion de trasferirle la posesion de ella (4). (b) Para las muebles hai *aprehension*, 1º cuando

(1) *Adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. §. 1. ff. 6. 1.*

(2) Para adquirir la posesion de un fundo que otro posee, no basta la *aprehension* unida á la intencion, sino que ademas se necesita que el poseedor actual tenga conocimiento de la existencia de estas dos condiciones en otra persona, y que abandone voluntariamente la cosa (*Si vacuum tradit possessionem*), *L. 18. §. 2. ff. 41. 2.*, ó sea despojado de ella con violencia (*Si deficitur, repellitur*). *L. 25. §. 2. L. 46. ff. 41. 2.*

(3) *L. 2. §. 1. ff. 41. 2.*

(4) *L. 18. §. 2. ff. ibid.*

alguno toma la cosa con la mano (1) : 2º cuando esta cosa cae en sus redes ó lazos (2) : 3º cuando ha puesto á alguno junto á ella para guardarla (3) : 4º cuando por órden suya se ha entregado á otro (4) : 5º cuando se halla en medio de otras cosas ó efectos suyos (5) : 6º cuando se le entregan las llaves del lugar donde está; lo cual sin embargo debe hacerse cerca del lugar (6) : 7º en fin cuando pone su sello en la cosa y no pasa esta á la posesion de otra persona (7). Pero no se posee una fiera herida, aunque lo esté mortalmente, cuando todavía se va en su seguimiento (8); y lo mismo sucede con la caza encerrada en un parque, con los pezes de un estanque (9), y con un tesoro, que si bien se halla en un fundo que poseemos, no está todavía descubierto (10).

§. XIII.

INTENCION (*animus*).

La *intencion de poseer (animus possidendi)* consiste en la voluntad de disponer de la cosa que se ha aprehendido, como si fuera suya propia (§. XI); de donde se sigue, que aquel que no puede querer, es incapaz de poseer. Por consiguiente son incapazes de adquirir una posesion,

(1) L. 1. §. 1. ff. *ibid.*

(2) L. 53. ff. 41. 1.

(3) L. 51. ff. 41. 2.

(4) L. 1. §. 21. ff. *ibid.* L. 79. ff. 46. 3.

(5) L. 18. §. 2. ff. 41. 2.

(6) §. 45. L. 2. 4. L. 74. ff. 48. 1.

(7) L. 14. §. 1. ff. 48. 6. L. 1. §. 2. ff. *ibid.*(8) §. 13. L. 2. 1. *Multa enim accidere possunt ut eam non capiamus.* L. 5. §. 1. ff. 41. 1.

(9) L. 3. §. 14. 15. ff. 41. 2.

(10) L. 3. §. 3. ff. *ibid.* L. 15. ff. 10.

1º todas las personas morales (1); 2º los infantes (2); 3º los pupilos sin la autorizacion de su tutor, escepto no obstante cuando tienen una edad suficiente para conocer lo que hacen adquiriendo, y para querer formalmente hacerlo (3); y 4º los locos y los imbeciles (4). Cuando alguno detenta ya una cosa, adquiere la posesion de ella solo con la *intencion de poseerla (animus possidendi)*; y si el detentador obtiene un titulo á la propiedad de la cosa que detenta, empieza tambien desde entónces á ser su poseedor legal (5). Los juriconsultos romanos llaman á esto adquirir *solo animo*, y los modernos *brevi manu*.

§. XIV.

CÓMO SE ADQUIERE LA POSESION POR MEDIO DE REPRESENTANTES.

Por lo demas podemos adquirir la posesion de una cosa, ya por nosotros mismos, ya por medio de otras personas que nos representen (6). En este último caso es preciso, 1º que nuestro representante aprehenda la cosa, no con intencion de poseerla para sí, sino en nuestro nombre (*animus non sibi sed alteri possidendi*) (7); 2º que aquel para quien ha de adquirirse la posesion, lo quiera

(1) L. 1. §. 15. ff. 47. 4. *Possessionem non habet.* L. 1. §. 22. ff. 41. 2. Sin embargo pueden adquirir la posesion por medio de representantes.(2) L. 32. §. 2. ff. *ibid.* Const. 5. C. 7. 32.(3) L. 1. §. 3. ff. *ibid.* Const. 26. C. 8. 54.(4) L. 1. §. 3. *cit.* L. 48. §. 1. ff. *ibid.*

(5) L. 9. §. 5. ff. 41. 1. §. 44. L. 2. 4. L. 62. pr. ff. 21. 22. L. 9. §. 9. ff. 12. 1.

(6) *Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro; corpore vel nostro vel alieno.* Paulus, *Recept. sent. lib. 5. tit. 2. §. 1.*(7) L. 1. §. 19. ff. 41. 1. Asi en general el que no puede querer, tampoco puede representar á otra persona en la adquisicion de una posesion. L. 1. §. 9. 10. ff. *ibid.*

realmente; y así no adquiere, cuando no sabe nada de la aprehension, esto es, cuando no ha dado orden á este efecto, ni lo ha pedido, ni ratificado (*ignoranti possessio non acquiritur*) (1); y 3º que entre el representante y aquel para quien quiere adquirir la posesion, exista ya una relacion de poder legal de parte de este último respecto de su representante, ó ya una relacion de representacion convencional. En el primer caso el representante adquiere en virtud de una orden (*jusus*) (2), y en el segundo en virtud de un mandato (*mandatum*) (3).

§. XV.

MANERA DE ADQUIRIR UNA *quasi-possessio*.

Para adquirir una *quasi-possessio* (§. IX) son tambien precisos *corpus* y *animus*. El goze del derecho constituye aqui la relacion corporal; y la intencion (*animus*) consiste en que se use como de un derecho, de la facultad que es objeto de este mismo derecho (4). Si se trata de adquirir la *quasi-posesion* (a) sin convencion y solo por la voluntad de la parte que adquiere, es preciso, 1º si es un *derecho afirmativo*, que el que pretende adquirirlo, no lo ejerza sin conocimiento de aquel cuyo derecho restringe (5); 2º si es un *derecho negativo*, se necesita que aquel cuya libertad es restringida por este derecho, haya querido ha-

(1) L. 42. §. 1. L. 1. §. 5. 22. L. 2. L. 44. 3. §. 12. ff. 41. 2. L. 31. §. 3. L. 41. 3. L. 13. §. 1. ff. 41. 1. Conf. Const. 1. C. 7. 32. L. 49. §. 2. ff. 41. 2.

(2) Como sucede con los esclavos ó hijos de familia. L. 1. §. 5. 6. 8. L. 49. pr. ff. 41. 2. L. 21 ff. 41. 1.

(3) *Paulus, loc. cit.* §. 2. L. 41. ff. 41. 3. L. 43. pr. ff. 41. 1.

(4) L. 25. ff. 8. 6. L. 7. ff. 43. 19.

(5) L. 10. pr. ff. 8. 5.

cer alguna cosa para contradecir el derecho pretendido; que la otra parte haya obstado y el primero desistido (1). (b) Por el contrario, si el derecho de que se trata, se deriva de una convencion, la posesion de él, en caso de ser *negativo*, se adquiere por la convencion misma; pero cuando es *afirmativo*, se acaba de adquirirla por el ejercicio no impedido de la facultad que es su objeto (*quasi traditio*) (2).

§. XVI.

DE LA PÉRDIDA DE LA POSESION.

Regla general.

La posesion, una vez adquirida, dura tanto tiempo como existen las dos condiciones (*corpus et animus*). Si las dos ó una de ellas desaparece, la posesion tiene que acabarse (3). Asi como la adquisicion de la posesion exige un acto *formal*, corporal y espiritual, del mismo modo para perder esta adquisicion se necesita un *acto contrario* (*in contrarium actum*), y este acto debe emanar de la causas que concurren en la adquisicion del *corpus* y del *animus* (4).

(1) L. 6. §. 1. ff. *ibid.* L. 1. §. 2. ff. 8. 3.

(2) L. 20. ff. 8. 1. L. 3. pr. ff. 7. 1.

(3) L. 44. §. 2. L. 3. §. 6. 13. ff. 41. 2.

(4) Este es el sentido del conocido pasaje que se presenta dos veces en la L. 8. ff. 41. 2. y en la L. 133. ff. 50. 17; *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. — Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrunque in contrarium actum est.*

§. XVII.

APLICACION DE ESTA REGLA.

Pérdida de la posesion por un acto corporal.

En cuanto á la primera condicion de la posesion, esto es, en cuanto á la relacion corporal en que estamos con la cosa poseída, no se necesita para que continuemos siendo poseedores, que tengamos sobre esta cosa un dominio físico ó inmediato, como cuando se trata de adquirir la posesion de ella; sino que basta que nos sea en todos tiempos posible ejercer este dominio, siempre que queramos. Así que no se pierde la posesion de una cosa solo porque se está léjos de ella (1), y por consiguiente se puede hacerla detentar por otro (2). La posesion no se pierde, sino cuando por algun hecho llega á ser imposible al poseedor obrar físicamente sobre la cosa (*si in contrarium actum est*); y sucede, 1º en las cosas muebles, cuando otra persona se apodera de ellas ya por violencia, ó ya por ladronicio (3), ó cuando las perdemos (4) ó bien cuando los animales domésticos se han extraviado, ó se han escapado los bravos, y cuando los animales que se habian amansado, han perdido la costumbre de volver (5): 2º en las cosas inmuebles, cuando por un acontecimiento, independiente del hecho del hombre, es despo-

(1) *Pauli Recept. sent. V. 2. 1. L. 3. §. 7. 13. L. 44. pr. ff. 41. 2.* Los romanos llamaban á esto *solo animo retinere possessionem*, y los modernos lo llaman *possessio mentalis*.

(2) *L. 18. pr. ff. 41. 2. Nam possidet cujus nomine possidetur.* §. 11.)

(3) *L. 15. ff. 41. 2.*

(4) *L. 25. pr. ff. ibid.*

(5) *L. 3. §. 13. 16. ff. ibid.*

jadode su dominio el poseedor (1), ó cuando otra persona viene á echarle de él (*si dejicitur*). La ausencia sola no basta para hacernos perder la posesion de una cosa, de que otros se han apoderado sin saberlo nosotros; esta pérdida no se verifica sino en el caso de que queriendo hacer valer nuestros derechos sobre la cosa, seamos rechazados (2).

§. XVIII.

PÉRDIDA DE LA POSESION *animus*.

Por lo que hace á la segunda condicion, es preciso notar que no cesamos de poseer, cuando momentáneamente cesamos de tener *animus domini*. Para perder la posesion, se necesita que nuestra intencion de renunciar á ella sea positiva (*si in contrarium actum est*) (3); lo cual puede suceder espresa ó tácitamente: en el último caso el acto de que resulta la pérdida de la posesion, se llama *abandono* (4). Aquel que no puede querer, no puede cesar de querer, y por consiguiente no puede perder la posesion *animus* (5).

§. XIX.

PÉRDIDA DE LA POSESION *corpore et animo*.

Piérdese la posesion de una cosa *corpore et animo*, cuando esta cosa se entrega á otro con intencion de que

(1) *L. 3. §. 17. L. 30. §. 3. ff. ibid.*

(2) *L. 46. ff. 41. 2. Quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiu priorem possidere dictum est, quandiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. — L. 25. §. 2. ibid. Usque eo possidemus, donec revertentes nos aliquis repellit.* (§. XI. not. 2.)

(3) *L. 3. §. 6. L. 30. §. 4. ff. 41. 2.*

(4) *L. 37. §. 1. ff. 41. 3.*

(5) *L. 27. ff. 41. 2. Furiosus non potest desinere animo possidere.* *L. 29. ibid.*

este la posea como suya (*si vacuum tradit possessionem*) (1). Algunas veces sucede que el poseedor se pone en tal relacion con otra persona, que ya no posee sino para esta, la cosa que ántes poseía para sí mismo, y esto es lo que llaman los modernos *constitutum possessorium* (2).

§. XX.

PÉRDIDA DE LA POSESION POR EL HECHO DE UN REPRESENTANTE.

Adquiriéndose la posesion por un representante (§. XIV), puede tambien ser conservada y perdida por el mismo medio, como vamos á ver con mas individualidad. 1º La posesion puede perderse en beneficio del representante mismo; pero la mudanza de voluntad no basta en este caso para la enajenacion de la posesion, sino que ademas es preciso de parte del representante un acto corporal que consista, (a) para las cosas muebles, en quitarlas de su lugar con intencion de hurtarlas (*furtum, contrectatio*) (3) (b) y para las inmuebles, en escluir de su heredad al poseedor (4). 2º Púedese por medio del representante perder la posesion en beneficio de un tercero, como sucede en todos los casos en que el mismo poseedor hubiera perdido la posesion, si hubiera estado en el lugar del representante, es decir (a) para las cosas muebles, cuando el representante las pierde, se las roban (3), ó él las entrega á otro (6); (b) y para las inmuebles, cuando el represen-

(1) L. 33. L. 18. §. 2. 41. ff. 2.

(2) L. 18. pr. ff. *ibid.* L. 77. ff. 6. 1. Const. 28. C. 8. 54.

(3) L. 3. §. 18 ff. 41. 2. Escéptuase sin embargo el caso en que el representante que quiere tambien apropiarse la posesion, está bajo la potestad del poseedor. L. 15. ff. 41. 2.

(4) Á causa de la L. 25. §. 2. L. 46. ff. *ibid.* (§. 17. not. 7.) L. 12. L. 18. pr. ff. 43. 16.

(5) L. 25. pr. L. 15. L. 3. §. 13. 16. ff. 41. 2.

(6) L. 33. §. 4. ff. 41. 3.

tante es desposeído de ellas con violencia, y en este caso el representado pierde tambien su posesion (4); porque si el representante sufre solamente por descuido (*desidia*), ó por dolo (*dolo*), que un tercero se apodere de la cosa, el representado no pierde la posesion, sino en el caso de que queriendo hacer valer su derecho, sea rechazado por este tercero, ó en el de que no se atreva á atacarle (2). 3º Por el contrario la posesion no se pierde por el representante, cuando este trasfiere á otro solamente la *detentacion* de la cosa (3), cuando muere ó se vuelve loco (4), y cuando ha abandonado la cosa sin que otro se haya apoderado de ella (5). 4º Se conserva tambien la posesion, aún cuando el representado fuese escludido de su fundo si el representante se mantiene en la *detentacion* de la cosa (6).

§. XXI.

DE LOS INTERDICTOS

Los interdictos entre los romanos eran unas órdenes del pretor, por las cuales en ciertos casos determinados por el edicto mandaba directamente hacer tal cosa ó abstenerse de hacerla; y se llama tambien *interdicto* la fór-

(1) L. 1. §. 22. ff. 43. 16.

(2) Const. 12. C. 7. 32, que no debe entenderse sino de las cosas inmuebles, tanto á causa de la L. 3. §. 3. 8. ff. 41. 2. como de la L. 33. §. 4. ff. 41. 3, y de las palabras: *sive servus, sive procurator, vel colonus vel inquilinus.*

(3) L. 30. §. 6. ff. 41. 2.

(4) L. 25. §. 1. ff. *ibid.*

(5) L. 3. §. 8. L. 44. §. 2. ff. 41. 3.

(6) *Si quis me vi dejecerit; meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (unde vi) experiri; quia per eos retineo possessionem, qui deject non sunt.* L. 1. §. 45. ff. 43. 16.

mula empleada en estas órdenes del pretor. Los interdictos tenían principalmente lugar en los litigios relativos á la posesion, y se diferenciaban de las acciones propiamente dichas, sobre todo en que en estas por lo regular conocia el pretor por sí mismo del asunto, y no determinaba inmediatamente sobre la demanda puesta ante él, sino que tansolo establecia un juez, y le daba poder para formar el espediente (*judicium dabo*); miéntras en los *interdictos*, por la simple reclamacion de una parte espedia el mismo inmediatamente una órden ó prohibicion con arreglo á las disposiciones de su edicto (1). Por esta razon se ha dicho, que en semejantes circunstancias *prætor principaliter auctoritatem suam, finiendis controversiis proponit*. Solamente en el caso de que el demandado negase el hecho ó propusiese otros medios de defensa, constituia el pretor un juez, y entónces el pleito seguia los trámites ordinarios. Esta diferencia entre la *accion* y el *interdicto* corresponde á la antigua distincion entre el *ordo judiciorum privatorum* y la *cognitio extraordinaria*; por consiguiente debió desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum*; y esta es la razon por que en el Derecho moderno se consideran como acciones los interdictos (2).

(1) Por ejemplo, *Vim fieri veto, arvisbeas, restituas*.
(2) §. 8. l. 4. 15.

APÉNDICE SEGUNDO.

ORÍGEN, PROGRESOS É INFLUENCIA

QUE HA TENIDO

EL DERECHO ROMANO

EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

Quando los fenicios, que ocupaban la provincia marítima de la Siria, traficaban 1600 años ántes de J. C. en las costas del Mediterráneo, ya estaba poblada y civilizada la España, y algunos de sus pueblos se regian por leyes compuestas en verso (1); y aunque no tenemos noticia alguna del número é índole de ellas, es de presumir fuesen cortas y sencillas, como todas lo son en la infancia de las naciones. Mas los españoles, toscos al principio, bien pronto con el trato de estos extranjeros aprendieron las letras, la navegacion, el comercio, las artes y las ciencias, y se hicieron uno de los pueblos mas cultos del mundo.

Por los años 776 ántes de J. C. y 17 de Roma, los samios arrojados por un temporal hácia las costas de España, fueron los primeros de los griegos que llegaron á Tartesia (hoi Tarifa) ó á Cádiz, donde vendieron los mercancías que llevaban al Egipto, volviéndose despues conten-

(1) *Estrab. l. 3.* cuenta, que los turdetanos (hoi dia andaluzes) tenían leyes, segun ellos decian, de mas de 6000 años atras.

mula empleada en estas órdenes del pretor. Los interdictos tenían principalmente lugar en los litigios relativos á la posesion, y se diferenciaban de las acciones propiamente dichas, sobre todo en que en estas por lo regular conocia el pretor por sí mismo del asunto, y no determinaba inmediatamente sobre la demanda puesta ante él, sino que tansolo establecia un juez, y le daba poder para formar el espediente (*judicium dabo*); miéntras en los *interdictos*, por la simple reclamacion de una parte espedia el mismo inmediatamente una órden ó prohibicion con arreglo á las disposiciones de su edicto (1). Por esta razon se ha dicho, que en semejantes circunstancias *prætor principaliter auctoritatem suam, finiendis controversiis proponit*. Solamente en el caso de que el demandado negase el hecho ó propusiese otros medios de defensa, constituia el pretor un juez, y entónces el pleito seguia los trámites ordinarios. Esta diferencia entre la *accion* y el *interdicto* corresponde á la antigua distincion entre el *ordo judiciorum privatorum* y la *cognitio extraordinaria*; por consiguiente debió desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum*; y esta es la razon por que en el Derecho moderno se consideran como acciones los interdictos (2).

(1) Por ejemplo, *Vim fieri veto, arvisbeas, restituas*.
(2) §. 8. l. 4. 15.

APÉNDICE SEGUNDO.

ORÍGEN, PROGRESOS É INFLUENCIA

QUE HA TENIDO

EL DERECHO ROMANO

EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

Quando los fenicios, que ocupaban la provincia marítima de la Siria, traficaban 1600 años ántes de J. C. en las costas del Mediterráneo, ya estaba poblada y civilizada la España, y algunos de sus pueblos se regian por leyes compuestas en verso (1); y aunque no tenemos noticia alguna del número é índole de ellas, es de presumir fuesen cortas y sencillas, como todas lo son en la infancia de las naciones. Mas los españoles, toscos al principio, bien pronto con el trato de estos extranjeros aprendieron las letras, la navegacion, el comercio, las artes y las ciencias, y se hicieron uno de los pueblos mas cultos del mundo.

Por los años 776 ántes de J. C. y 17 de Roma, los samios arrojados por un temporal hácia las costas de España, fueron los primeros de los griegos que llegaron á Tartesia (hoi Tarifa) ó á Cádiz, donde vendieron los mercancías que llevaban al Egipto, volviéndose despues conten-

(1) *Estrab. l. 3.* cuenta, que los turdetanos (hoi dia andaluzes) tenían leyes, segun ellos decian, de mas de 6000 años atras.

tos á su país. Las riquezas que adquirieron, escitaron á otros comerciantes del Asia á probar fortuna en nuestras costas; y así se hizo mucho mas frecuente el comercio de los griegos asiáticos con la España.

La ciudad de Cartago, fundada por los tirios 900 años antes de J. C., que con el comercio y navegacion habia adquirido inmensas riquezas, y con ellas una ambicion insaciable, y que careciendo de territorios fértiles en su patria, aspiraba á engrandecerse por medio de un sistema de colonias, bastante análogo al que posteriormente han adoptado algunas naciones modernas; envió 800 años antes de J. C. una colonia á Ebusa, que es la Ibiza de hoy, desde donde empezó á hacer un comercio activo en las costas de España. Las enemistades que se suscitaron entre los griegos y cartagineses, los hizo venir á un rompimiento, y habiéndose disputado nuestras posesiones, vemos cien años despues á los cartagineses dueños ya de Mallorca y Menorca; y prevalidos, ora de la astucia, ora de la fuerza; ir conquistando parte de la España.

Rota la paz entre las repúblicas de Cartago y Roma, creyó esta oprimir á su enemiga arrojando á los cartagineses del suelo español, de donde sacaban las principales riquezas en que consistia toda su fuerza; y los diputados del pueblo romano, para que eligiesen los africanos entre la paz y la guerra, pasaron á la Península, con el encargo de formar alianza con los españoles é interesarlos en una lucha, que solo debia terminarse por la ruína de una de las dos ciudades competidoras. Cansados estos naturales de la dominacion cartaginesa, tomaron algunos de ellos las armas en favor de los romanos creyéndolos sus libertadores; y la nacion, dividida entre ambos partidos, derramó arroyos de sangre para someterse al yugo extranjero. Finalmente los cartagineses fueron vencidos,

y la España quedó enteramente libre de ellos en el año 546 de Roma.

Mas ni los fenicios, que fundaron colonias en las costas de Andalucía, ni los griegos, que las establecieron en las de Cataluña, ni tampoco los cartagineses llegaron á dar leyes en estas provincias, limitándose los unos al lucro que sacaban por medio del comercio, y los otros á exigir contribuciones del país que dominaban: y así las primeras leyes extranjeras que se conocieron en España, fueron las romanas.

PRIMERA ÉPOCA.

ESPAÑA ROMANA.

Destruída Cartago, volvieron los romanos sus armas victoriosas contra los naturales de la Península, y despues de dos siglos de continua lucha, quedó España sujeta al Imperio romano. Pero en los 200 años que duró la conquista, desde que *Cneo Escipion* entró con ejército la primera vez en Cataluña por los años 218 antes de la era vulgar, hasta que *Agripa* feneció la guerra cantábrica, se derramó tanta sangre romana, perecieron tantos cónsules y pretores, y se sepultaron tantas legiones, que estuvo por mucho tiempo indeciso quién seria la dominadora; con la particularidad que nuestra nacion, que fué la primera donde llegaron con armas los romanos, fué la última que conquistaron.

En todo el tiempo de la república no puede considerarse la España como provincia romana, ni introducidos su legislacion, lengua, ritos, usos y costumbres, de modo que sustituyesen á los nacionales. Porque las leyes que hacen estos cambios, siguen por doquier á la dominacion; y así á medida que iban subyugando el país, las in-

traduccian en los pueblos pacificados, con la distincion que se derivaba de los principios que tenian adoptados. Los romanos formaban tres clases distintas de los pueblos sometidos: colonias romanas, latinas y municipios. Las colonias romanas, que lo eran Córdoba, Sevilla y Cádiz (1), y otras varias que formaron posteriormente, se regian por las leyes de Roma. Las latinas (2), como Carteya (3), Valencia y otras varias se gobernaban igualmente por las leyes romanas, pero sin el privilegio de la ciudad (4); y los municipios (5) y demas pueblos se regian por las leyes municipales y propias.

Para mayor facilidad de la conquista se dividió la España en el año 495 ántes de J. C., 553 de Roma, en anterior y ulterior (6), y las dos eran regidas por los capitanes generales que pasaban á ella con el titulo, ya de pretores, ya de cónsules (7). Así permaneció hasta que, derrotados los belicosos cántabros por Agripa, y dueños ya los romanos de toda la Península, la dividió Augusto en Bética, Lusitania y España Tarraconense (8). Y deseando este emperador sacar toda la utilidad que le proporcionaba la suerte de las armas, impuso en el año 38 de J. C., 744 de Roma, un tributo perpetuo á la España para la capital del mundo; y este fué el origen de la *Era* llamada *hispánica*, que empieza 38 años ántes que la vulgar (9).

(1) *Estrab.* l. 3. c. 41.

(2) *Lib.* 1. 4.

(3) Carteya fundada en el año 469 ántes de J. C., 580 de Roma, estaba situada cerca de Algeciras en el Estrecho, donde hoy se halla la torre llamada de Cartagena. Mar. *Historia de España.*

(4) *Aul. Gelio.*

(5) *Ulp.* l. 1. *ad municip.*

(6) César, *de bello civili.*

(7) Masdeu, *Hist. crit. de Españ.*

(8) Apiano en *Iberis.*

(9) Tomó este nombre de la voz latina *æ æris*, que significaba la

Tampoco descuidaron los romanos establecer tribunales de justicia, en los que se ventilasen los negocios contenciosos de las partes, pues que la Bética tenia cuatro Audiencias ó conventos jurídicos, en los que se juzgaban los pleitos, á saber: Cádiz, Écija, Córdoba y Sevilla: tres la Lusitania, Mérida, Badajoz y Santaren; y siete la España Tarraconense, Cartagena, Tarragona, Zaragoza, Coruña, Astorga, Lugo y Braga (1), por los cuales, y por los procónsules, legados y presidentes, prefectos y pretores, se gobernaba ademas en lo político y militar.

Tal era el estado de la legislacion romana en España cuando en el año 440 del Señor, 894 de la fundacion de Roma, Antonio Pio hizo ciudadanos romanos á todos los súbditos del Imperio (2), sometiéndolos á las leyes romanas. Desde cuyo tiempo los privilegios que se habian hecho propios de los ciudadanos de Italia, se estendieron á todas las provincias del Imperio. Las máximas saludables de gobierno que habian asegurado la paz y la sumision del Lacio, penetraron en las comarcas mas remotas; y así todo el Imperio se llenó de ciudadanos romanos sujetos al mismo yugo, llenos del mismo espíritu, gobernados por las mismas leyes y capaces de las dignidades de Roma; y la España puede contarse desde aquel tiempo propiamente como una provincia romana. Por eso se hallan, tanto del tiempo antecedente como del posterior, leyes que fueron de esta provincia, en el cuerpo del Dere-

moneda de cobre que se pagaba al principe, por cuyo motivo en tiempos antiguos se llamaba la *Era del arambre*. De esta era ó época se han servido todos nuestros historiadores y Concilios en España para la cuenta de los años hasta el de 1361, en que el rei Don Juan el primero de Castilla la derogó en las Cortes de Segovia, uniformándose con los reinos de Aragon, donde ya ántes se habia derogado.

(1) *Plin.* lib. 3. *cap.* 1 y 3.

(2) *L. In orbe, de statu hominum.*

cho de Justiniano; y de la misma suerte es seguro que el Código teodosiano tuvo observancia en ella, como se colige de la Novela 35 del mismo Teodosio.

Nuestros españoles-romanos, que con su inalterable valor llenaron de gloria las águilas romanas, á cuyas sombras combatian, y que merecieron por su constante fidelidad que en el año 42 ántes de J. C., y 707 de Roma, los eligiese Octavio para la guardia de su persona, fueron no ménos célebres en las letras que guerreros temibles en los combates; pues ya en tiempo de Ciceron eran respetados por su sabiduría, no dudando afirmar este orador, en presencia de todo el senado, que los de Cádiz eran hombres sabios y bien instruidos en el Derecho público. Y los grandes emperadores Trajano y Teodosio, y los inmortales Marcial, Quintiliano, Columela, Séneca, Pomponio Mela y otros insignes escritores que produjo la España romana en filosofía, jurisprudencia, gramática y retórica, convencen hasta la evidencia que ninguna nacion del mundo escede á la nuestra en ingenio y valor, cuando por circunstancias particulares no están amortecidos estos dotes.

SEGUNDA ÉPOCA.

España goda hasta el reinado del santo rei D. Fernando III de Castilla.

Quando la España toda era regida por leyes romanas, á consecuencia del universal dominio que de sus provincias habian adquirido los emperadores, esperimentó una novedad, cuyos efectos legislativos han subsistido hasta nuestros dias. Los godos, los descendientes de aquella nacion, no ménos antigua que fuerte, de los getas, de quienes decia Alejandro Magno que se debia huir, Pirro

tuvo miedo y César se espantó (1); entraron en España el año 409 de J. C. en el octavo consulado del emperador Honorio y tercero de Teodosio, hijo de Arcadio (2), haciéndose señores de toda ella en virtud de conquistas progresivas, espelidas unas naciones bárbaras, y aniquiladas ó sujetas otras (3).

Era consecuencia forzosa del dominio soberano la introduccion de leyes conforme al espíritu, genio y carácter de aquellas gentes; pero mas hechas á las armas que á las leyes, no las establecieron por escrito en los primeros reinados, contentándose para el gobierno de las provincias conquistadas con los usos y costumbres traídos del norte. Mas posteriormente, sucediendo la paz al estrépito de la guerra, empezó el reinado de la lei, y los vencedores trataron de consolidar por medio de la legislacion el nuevo reino que poco ántes habia fundado su valor.

Esta legislacion puede considerarse como dividida en tres épocas: la primera de leyes usuales; la segunda de escritas, y la tercera de leyes reunidas (4). Duró la primera desde Ataúlfo, primer rei, hasta Eurico; la segunda corrió desde Eurico hasta Chindasvinto, y entónces empezó la época tercera (5).

(1) San Isidoro, en la *Hist. de los godos*, proemio.

(2) Flórez, *España sagrada*, tom. IV.

(3) Los vándalos con su rei Gunderico, los alanos mandados por Aláces, los suevos bajo las órdenes de Hermenerico y los silingos que tenian á su frente á su general Respéndias, entraron en el año 409 de J. C., y repartieron entre sí la España. Mariana, *Hist. de ella*.

(4) Cortines, *Década legal*, §. 13.

(5) Marina en su *Ensayo histórico-crítico*, lib. I. §. 30 y siguientes, prueba que no fué Sisenando, como creyeron varios eruditos varones, el primer autor del *Fuero-juzgo*, sino Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio.

Efectivamente, habiendo Eurico conquistado en 474 todas las provincias de España que tenían los romanos, fué el primero que dió á los godos leyes por escrito; pero las circunstancias políticas, en que se halló este monarca, no eran á propósito para formar una legislación la mas completa. Así es, que inmediatamente que su hijo Alarico tomó las riendas del gobierno, mandó publicar un nuevo código legislativo, conocido con el nombre de *Lei romana*, compilado por el conde Goyarico, aprobado por los obispos y magnates, y escrito y publicado por Aniano, como refrendario y canciller de Alarico, en el año 22 del reinado de este monarca, reduciendo á compendio y extractando las leyes de los códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, y las Sentencias de Paulo, las Instituciones de Gayo, y las Novelas de varios emperadores.

En este estado permaneció la legislación nacional, hasta que Flavio Chindasvinto, casi dos siglos despues, subió al trono en 642; y considerando que las leyes romanas usadas hasta entónces en el foro eran mui oscuras, defectuosas y complicadas, aunque por otra parte escritas con majestad y elocuencia, determinó anularlas en todo su reino, y publicar un nuevo código que sirviese de norma y regla en las edades siguientes, al cual se dió el nombre de *Liber judicum* (1). Su hijo Recesvinto lo aumentó considerablemente, y prohibió bajo rigurosas penas que ninguno usase de otras leyes para la decision de las causas, sino de las contenidas en el nuevo código que se acababa de publicar; pero la prohibicion solo se extendia á las causas futuras, y no á las que traían su origen del tiempo anterior, conservando para ellas el Derecho romano, como espresamente se permitió en una lei del *Fuero-juzgo* (2). Desde esta época hasta el año 682,

(1) Lei 9. lib. 2. tit. 1. *For. jud.*

(2) Al *Fuero-juzgo* se le dan tambien en sus mismas leyes, en

segundo de Ervigio, no se hizo novedad particular en el cuerpo legislativo. Pero no pareciéndole bien á este príncipe el estado de la legislación nacional, por la confusion y oscuridad que tenían unas leyes establecidas en tan diferentes tiempos por sus predecesores, y notando que algunas eran imperfectas, otras crueles y sanguinarias, y que no pocas se habian hecho inútiles, por estar derogadas por otras posteriores; determinó publicar nuevas leyes, dar mejor orden á las antiguas, y corregir y enmendar las defectuosas; con lo que puso al código visigodo en el estado en que hoy lo disfrutamos.

Sus leyes, cuyos autores fueron Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio (pues ellos las compilaron, autorizaron, reformaron y publicaron), fuera de varias de Recaredo y algunas pocas de sus sucesores, ordenadas en los Concilios toledanos ó apoyadas en costumbres góticas, son puramente romanas extractadas de los códigos teodosiano, alariciano, y acaso del de Justiniano; unas conservadas literalmente, y otras corregidas y mejoradas (1). El método y claridad de este insigne código son admirables; el estilo grave y correcto; las mas de las leyes respiran prudencia y sabiduría; en fin, es cuerpo legal mui superior al siglo en que se escribió, é infinitamente mejor que cuantos por su tiempo se publicaron en las nuevas sociedades políticas de Europa (2).

los Concilios y Cortes y en los códigos mas antiguos los nombres de *codex legum*, *liber legum* y *liber gothorum*.

(1) El doctor Canciani dice: « *Wisigotorum codex ita comparatum est ut jus nec mere barbarum referat, neque mere romanum; adeo ut vere dici possit corpus Juris romano-barbari, in quo plura forte ex romanâ themide quam ex barbarorum institutis petita sunt.* » *Leg. wisigot. monit.*, pag. 51.

(2) El ciudadano Legrand d'Anssy atribuye la perfeccion del código de los visigodos, y sus ventajas sobre los otros cuerpos legislativos de las naciones bárbaras, al conocimiento que aquellos tu-

No mucho despues uno de los califas, nacido en las ardientes arenas de la Arabia, conquistador del Asia y de la mayor parte del África, que mandaba en la Mauritania, hizo á principios del siglo octavo que sus tropas pasaran el Estrecho al mando del valiente Tarif, y llevasen tras sí la muerte y destruccion de cuanto se les ponía por delante. Desbaratados los godos en cuantos encuentros tuvieron, y muerto su último rei Don Rodrigo con la mayor parte de la nobleza en la memorable batalla del Guadalete, los árabes ocuparon la capital del reino gótico, y se derramaron á manera de un torrente de lava por la España, trastornando nuestras antiguas leyes y gobierno. Las reliquias de nuestro ejército que pudieron salvarse del furor mahometano, y algunos pocos ciudadanos, temerosos del alfanje sarraceno y celosos conservadores de su religion, se retiraron, con lo que pudieron haber á las manos, á las fragosas montañas de la costa de Cantabria, donde echados los cimientos del reino cristiano, por el esfuerzo y constancia del valeroso príncipe Don Pelayo, y es carmentados los enemigos de la religion y de la patria en la célebre batalla de Covadonga, emprendieron la reconquista, que á fuerza de valor, constancia y sangre, efectuaron los Reyes Católicos, arrojándolos de la hermosa Granada, emporio de riqueza y último asilo de los moros en España.

Mas tanto Don Pelayo como sus sucesores, aprovechando los momentos favorables de la paz que les ofrecía la confusion de tiempos tan calamitosos, cuidaron de renovar las leyes góticas contenidas en el *Fuero-juzgo*, dando vigor y energía al Derecho de sus antepasados; de tal ma-

vieron de la jurisprudencia romana, y al uso que hicieron de sus leyes. *Mémoire sur l'ancienne législation de la France*, tom. 3, pág. 402 de las *Memorias del Instituto nacional de ciencias y artes. Ciencias mor. y polít.*

nera, que debe reputarse por una verdad histórica, que el reinado de Leon y de Castilla desde su origen y nacimiento en las montañas de Astúrias hasta el siglo XIII, fué propiamente un reino gótico, por tener las mismas leyes, las mismas costumbres y la misma constitucion política, militar, civil y criminal (1).

ÉPOCA TERCERA.

Desde el santo rei D. Fernando III de Castilla y su hijo D. Alonso, llamado el Sabio, hasta nuestros dias.

La prodigiosa estension del Imperio romano, la relajacion de sus leyes fundamentales, el lujo que las riquezas del Asia estendieron por todas las clases del estado, el despotismo militar con que una soldadesca desenfadada abatia y elevaba á su antojo á los emperadores, el olvido de la rígida disciplina, y la afeminacion y el ningun amor á la patria de sus ciudadanos (causas diametralmente opuestas á las que debió Roma su elevacion), con otros gérmenes no ménos propios para corromper el cuerpo mas robusto, hacia tiempo que amenazaban la disolucion del Imperio, y preparaban la ruína que efectuaron los bárbaros del Norte.

Cuando los habitantes de los países que conocemos hoi con el nombre de Hungría, Polonia, Suecia, Rusia europea y moradores de las costas del Mar glacial, incitados primeramente por el botin que pillaban, en las correrías que hacian sobre las fronteras del Imperio, y estimulados despues con la halagüeña perspectiva de pueblos mas ricos y tierras mejor cultivadas que las suyas, emprendieron la invasion, trayendo consigo sus mujeres, niños y

(1) Marina, *Ensayo histórico*, §. 50 del lib. I.

ganados; sucediéndose estas hordas unas á otras, é impelidas como las olas del mar, las primeras por las segundas, que á su imitacion salian de los dilatados bosques donde habitaban; hallaron á las legiones romanas sin valor y fuerzas, sin disciplina á las tropas de los bárbaros asalariados por el Imperio, y á todos los ciudadanos incapaces de contener el ímpetu feroz de unos hombres tan fuertes como intrépidos, cuya mayor gloria era morir con las armas en la mano. Como la ignorancia de estas gentes les hacia formar juicios inexactos de las cosas, miraron como causa principal de la afeminacion y cobardia de los romanos la mayor ilustracion que estos tenian, y así declararon guerra á muerte á las letras, y despreciaron la educacion literaria de sus hijos, con lo que bien pronto cayó toda la Europa en una barbarie espantosa (1). Pero todas las cosas humanas, segun advierte cierto elegante y profundo historiador (2), tienen un grado de abatimiento así como de elevacion, del que vuelven en sentido contrario, cuando han llegado á él.

Unas tribus de árabes errantes, cuya rústica imaginacion supo inflamar un hombre intrépido y sagaz con el zelo de la religion llevado hasta el fanatismo, fueron el cimiento de aquel formidable imperio, cuyos estandartes en forma de média luna tremolaron en lo sucesivo sobre la silla del Imperio de Oriente; y Mahoma supo hermanar tan bien las leyes religiosas y civiles, dando las mas análogas á la índole y estado de civilizacion de sus guerreros sectarios, que en poco tiempo convirtió en mezquitas las

(1) En cada página de la historia de aquellos desastrosos tiempos se llena de dolor el corazon del hombre sensible al leer la devastacion y miserias de los infelices pueblos sojuzgados, al paso que contempla con placer cuánto la ilustracion y cultura de las naciones disminuye los crímenes y otros infortunios, que producen la crasa ignorancia de los verdaderos intereses de los hombres.

(2) *Hume, Hist. of England. vol. 2. pag. 441.*

soberbias iglesias de la ciudad fundada por Constantino, y estendió el islamismo por los dos antiguos continentes.

Posesionados los turcos de la Palestina, y ocupada Jerusalem, varios de sus moradores se diseminaron por las naciones de Europa; en las que refiriendo exageradamente los malos tratamientos que sufrían los cristianos, fueron preparando los ánimos al mas extraño acontecimiento de que ha quedado memoria entre los hombres. Las increíbles calamidades que en la edad média oprimian á todos los desventurados europeos, y la falsa inteligencia de un testo del Apocalipsis de san Juan, produjeron la opinion, parto de una imaginacion acalorada, de que se acercaba el fin del mundo. En medio de la consternacion general que semejante opinion produjo en los espíritus de todos, el zelo ardiente de un santo varon concibió el proyecto de recuperar la Palestina, y arrojar á los infieles de las santos lugares. Preparados así los ánimos por los extraños acontecimientos de aquellos siglos, Pedro el Ermitaño levantó el estandarte de la cruz, y puesto á la cabeza de muchos miles de cruzados, que de todas partes de Europa concurrían deseosos de expiar sus culpas ántes que viniera el juicio final, contentos con morir en espedicion tan santa; se puso en marcha á fines del siglo diez ó principios del once, dirigiéndose por tierra á Jerusalem.

Los innumerables trabajos que padeció esta tropa de zelosos guerreros de la cruz, al atrevesar países tan feroces como incultos, les hizo pensar para lo sucesivo en seguir una ruta mas segura que la que hasta entónces habian tomado; y así es que designaron por punto de reunion las ciudades marítimas de la Italia, desde cuyos puertos salían las espediciones para Constantinopla, donde organizados los regimientos marchaban en seguida contra el enemigo.

Esta ciudad, centro de la cultura del mundo entónces conocido, que aun conservaba el amor á las letras que tuvieron los griegos, sorprendió por la civilizacion de sus moradores, por la elegancia en sus edificios, y por el refinamiento que el gusto y el lujo oriental habian acumulado en la capital del Imperio, a aquellos groseros especulacionarios, quienes por poco dispuestos que estuvieran á hacer observaciones, no pudieron ménos de aprender algunas cosas, que con el tiempo trasladaron á sus patrias respectivas. El continuo roze de los europeos con los asiáticos, la frecuente comunicacion de la Italia con Constantinopla, y la muchedumbre de cruzados que de su expedicion regresaban á sus casas, fueron introduciendo poco á poco las luces en el seno de sus familias, y moderando progresivamente las costumbres feroces de sus compatriotas y vasallos; y de aqui la claridad que se empezó á columbrar por entre las espesas tinieblas que cubrian la Europa en los siglos medios. Esto por una parte, y por otra la incorporacion á la corona de varios feudos, por morir sin herederos legítimos sus señores, y la circulacion de propiedad que empezó á advertirse por la venta de los fundos que algunos nobles y señores se veían obligados á hacer, para soportar los cuantiosos gastos de una tan larga expedicion, fueron las semillas que tan sazonados frutos produjeron en los siglos siguientes.

Dispuestas así las cosas, hizo la casualidad que en 1137 se descubriese en una ciudad de la Italia, llamaba Amalfi, una copia de las *Pandectas* de Justiniano. La regularidad y filosofía que brillaban en sus leyes, y la elegancia con que estaban escritas, comparadas con los códigos que á la sazón se conocian, hicieron pensar á los gobernantes en aplicar sus máximas á la legislacion vigente; de suerte que á pocos años del descubrimiento del código oriental, se habian nombrado ya en la mayor parte de los estados

Europeos profesores que lo esplicasen. Pero en ninguna parte se hizo esto con tanto éxito como en la universidad de Bolonia, donde á pocos años de conocerse las *Pandectas*, abrió el infatigable juriconsulto Irnerio una cátedra de Derecho romano.

Bien pronto escitados los españoles del amor de la ciencia de la legislacion, abandonando su patria y conveniencias, acudieron en tropas á dicha universidad (1) á disputar el premio de las letras á tanto extranjero como de todas partes de Europa concurría á ella (2), entregándose maestros y discípulos con ardor al conocimiento é interpretacion de los cuerpos del Derecho civil compilados por Justiniano, y al *Decreto de Graciano*, ú otra coleccion de cánones hecha en tiempo de Inocencio II (3).

Muchos de los que pasaron á Italia, volvieron á la Península, concluí los sus estudios, y habiéndose dado á conocer por ellos en las universidades, se les colocó inmediatamente despues de su regreso en dignidades y judicaturas, desde cuyos puestos, ayudados de la mayor instruccion que tenian en las ciencias que estaban en boga en aquel tiempo, debieron de influir para que los príncipes establecieran cátedras de Derecho civil y canónico, y arreglaran á ellas las leyes patrias.

Por aquella época reinaba el santo rei D. Fernando III de Castilla, no ménos memorable por haber reunido en

(1) Y aún pueden gloriarse de que el primer colegio que se fundó en aquella universidad, fué el que estableció el cardenal español, D. Gil de Albornoz en el año de 1265 para los hijos de España, capaz de mantener 31 colegiales. *Panciroi. De clar. leg. interpr. lib. 4. De Europ. Academ. in Italiá.*

(2) Allí sobresalieron el catalan Vidal de Caniellas, Bernardo Compostelano y García Hispalense, que vivieron en el siglo XIII. *Nic. Anton. Bibliot. vet. lib. 8. cap. 3.*

(3) Mesa, *Arte legal.*

sus sienes las coronas de Leon y de Castilla, y estendido los términos de la monarquía del uno al otro mar, conquistando á los enemigos de la religion y de la patria los reinos de Jaen, Córdoba, Sevilla, Murcia y Algarve, que por la bondad y sabiduría con que regia á sus súbditos; quien movido del amor á las ciencias que le mostraban sus consejeros (pues se dice que eran inteligentes en ambos Derechos), trasladó á Salamanca en 1239, para facilitar el estudio de ellas, la universidad de Palencia, fundada algun tiempo ántes por su abuelo D. Alonso (1). Y atento y vigilante por promover la felicidad de sus vasallos, conociendo el origen de los males que habia sufrido la nacion, determinó entre otras cosas anular todas las leyes antiguas, y escogiendo las mejores y mas equitativas de las que se contenian en los fueros municipales, formar de ellas y publicar en idioma castellano un solo cuerpo legislativo, comun y general á todo el reino, y acomodado á las circunstancias en que se hallaba despues de la feliz revolucion que acababa de experimentar la monarquía. Pero á poco tiempo de comenzada tan gloriosa empresa con el auxilio de su hijo el infante D. Alonso, murió tan esclarecido rei en el año 1252, dejando mui á los principios los trabajos literarios, de los que solo nos resta un trozo de las siete partes de que debia constar la obra, publicado por D. Alonso con el nombre de *Selenario*.

Así que subió al trono este principe, décimo de este nombre, llamado con justicia el *sabio*, léjos de olvidar el encargo hecho por su padre ántes de morir, de que llevase al cabo la obra comenzada, encaminándose al mismo objeto de ella, determinó con mayor y mas maduro consejo principiar de nuevo la obra bajo distinto método,

(1) Garibai, *lib. 4. de su Hist. cap. 25.*

bien que con el mismo título de *Selenario*, esto es, código legal dividido en siete libros, *partidas* ó partes (1).

Comenzóse en la víspera de san Juan Bautista del año 1256; y aunque no se sabe positivamente ni quiénes fueron los jurisconsultos encargados de formarla, ni el tiempo en que se concluyó, hai no obstante probabilidades de que fueron los tres doctores en leyes, Jacobo Ruiz, llamado *de las leyes*, ayo del rei D. Alonso, siendo infante, el maestre Fernando Martínez y el maestre Roldan, famosos jurisconsultos de aquel tiempo; la que concluyeron al cabo de diez años (2).

Grandes y aún desmedidos fueron los elogios que en todos tiempos se hicieron de este código legal. Á la verdad es mui superior á cuantos por aquel tiempo se conocieron en la Europa; pero sin embargo el código de las Partidas no es una obra original de jurisprudencia, ni fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil, ni sobre los principios de la moral pública, mas adaptables á la naturaleza y circunstancias de esta monarquía; sino una redaccion metódica de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano, con algunas adiciones tomadas de los Fueros de Castilla (3). Y no conociendo los compiladores otro manantial, ni mas tesoro de erudicion y doctrina

(1) *Marina, Ens. hist. lib. 7. §. 18.*

(2) Glosa de Montalvo á la lei I, tit. XXVIII del *Ordenamiento de Alcalá*

(3) El mismo rey indica las fuentes, de donde se tomaron las leyes de las *Partidas* en la lei 2. tit. 1. P. 1, donde siempre que se nombran palabras de los santos, ó santos Padres, se entienden las de las Decretales, y cuando se citan los doctores ó sabios antiguos se dice por los jurisconsultos que intervinieron en la compilacion de *Partidas*, así como los glosadores del *Digesto* y *Código*, señaladamente Azon, Acursio y otros discípulos de aquel, cuyas opiniones se trasladaron muchas veces á las *Partidas*; por cuya razon decia el licenciado Espinosa: « Cerca de este libro se han de ver tres libros que fueron

civil y eclesiástica que estas compilaciones extranjeras y las opiniones de sus glosadores, introdujeron en las Partidas la legislación romana y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aún arrollando toda nuestra constitución civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales, con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos.

La primera Partida, que es como un sumario de las Decretales, según el estado que estas tenían á mediados del siglo décimotercio, propagó rápidamente y consagró las doctrinas relativas á la autoridad del papa, al origen, naturaleza y economía de los diezmos, rentas y bienes de las iglesias, elección de obispos, provisión de beneficios, jurisdicción é inmunidad eclesiástica y derechos de patronato; doctrinas que estaban en oposición con muchas de las regalías que, como protectores de la Iglesia, gozaban nuestros soberanos desde el origen de la monarquía, y les daban el Fuero-jurgo y los cuadernos municipales.

La segunda Partida contiene la constitución política y militar del reino. Se da en ella una idea exacta y filosófica de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerogativas; se fijan sus obligaciones, así como las de las diferentes clases del estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes y oficiales militares; y se espresan bellamente todos los deberes que naturalmente dimanar de las mutuas y esenciales relaciones entre el soberano y el pueblo, el monarca y el súbdito. Precioso monumento de historia, de legislación, de moral y de política, y sin disputa la parte mas acabada entre las siete que componen el código de D. Alonso el Sabio, óra se considere la gravedad y

los originales donde fueron sacadas sus leyes, que son *Summa Azonis*, *Summa Hostiensis*, *Summa Gofredi*, y *Marina*, *Ensayo histórico-crít.*, not. 4. al §. 45 del lib. VII.

conocido el Código, Digesto y Colección de Graciano, nunca llegáramos á tener idea de los abogados, ni conociéramos este oficio en los términos en que le conoció Don Alonso el Sabio.

Propagado en Castilla y en sus estudios generales el gusto por la jurisprudencia romana, y mayormente desde que se mandó enseñar en las cátedras el Digesto y Decretales, se comenzaron á multiplicar en gran manera los letrados; y una gran porción de gentes de todas clases, clérigos, seglares, monjes y frailes se dedicaron á aquel género de vida agradable, y á una profesión tan honorífica como lucrativa. Su tumultuaria concurrencia á los tribunales llegó á turbar el orden y sosiego de los juzgados. Hubo quejas contra los clérigos, y se dieron providencias para su remedio. Todos los pueblos levantaban la voz contra el comun desorden, el cual motivó la celebración de las Cortes de Zamora, dirigidas únicamente á corregir los abusos del foro é introducir una reforma en los tribunales de la nación. El mal habia cundido de tal manera, que fué necesario fulminar penas severas contra los abogados, y aún algunos legisladores tuvieron por conveniente suprimir su oficio. Pero el mal de la causa pública estaba en los oficios ni en las personas, sino en la misma legislación; no en los profesores del Derecho, sino en el Derecho mismo: en la infinita multitud de leyes, y en las sutilezas y solemnidades judiciales del Derecho romano trasladado á esta tercera Partida (1).

Respetado y consagrado en España el Código y Decreto, obligado el juriscónsulito á beber en estas fuentes, ¿cómo era posible evitar los desórdenes del foro? De aquí es que ni las correcciones hechas por Don Alonso XI con tanta prudencia y acierto, ni el clamor de la verdad y justicia, que tantas veces resonó en las Cortes, ni las sábias pre-

(1) *Marina*, lib. IX. §. 29.

las pruebas, á saber, juramento, testigos, *conoscencia* ó confesion de parte, pesquisa, escrituras; de cuyo formulario se trata prolijamente y con gran novedad, así como de los medios de proveer á su conservacion y perpetuidad por el establecimiento de registros y protocolos; y en fin del modo de adquirir el dominio y señorío de las cosas. Esta obra de jurisprudencia seria acabada y perfecta en su género, si los compiladores evitando demasiada prolijidad, consultando mas á la razon que á la preocupacion, y desprendiéndose del escesivo amor que profesaron al Derecho romano, y procediendo con imparcialidad, no hubieran deferido tanto y tan ciegamente al Código y Digesto. Mas por desgracia ellos trasladaron en esta Partida algunas leyes en que no se halla razon de equidad ni de justicia; omitieron circunstancias notables dignas de espresarse, y aún necesarias para facilitar y abreviar los procedimientos judiciales; y copiaron mil sutilezas, ideas metafísicas, pensamientos abstractos difíciles de reducir á práctica, y mas oportunos para oscurecer, enmarañar, y turbar el orden del Derecho, que para promover la expedicion de los negocios ó esclarecer la justicia de las partes (1).

Luego que las leyes de Partida introdujeron en nuestros juzgados el orden judicial y las minuciosas fórmulas y supersticiosas solemnidades del Derecho romano, experimentaron mudanzas y trastornos los tribunales de la nacion con notable daño de los intereses y derechos del ciudadano. Porque antiguamente era breve y concisa la legislacion, los juicios sumarios, el orden y fórmulas judiciales, sencillas y acomodadas al *Libro de los juezes*; y como estas eran unas actas conocidas por todos, y que nadie podia ignorar, á cada cual era fácil defender su causa, siendo verosímil que si en España no se hubiera

1) *Marina*, §. 13. de dicho lib. IX.

elocuencia con que está escrita, ora las escelentes máximas filosóficas de que está sembrada, ó su íntima conexion con las antiguas costumbres, leyes y fueros municipales ó generales de Castilla, de las cuales por la mayor parte está tomada. Y si se hubiera evitado la prolijidad con que se trata la parte moral, y el amontonamiento de tantas autoridades de sabios y filósofos, de testos sagrados y profanos, y lo que en el título primero se dice de los príncipes, condes, vizcondes, marqueses, catanes, valvasores, potestades y vicarios, tomado de legislaciones estrangeras, en ninguna manera adaptables á los officios públicos conocidos á la sazón en Castilla; seria mas apreciable (1).

La tercera Partida comprende las leyes relativas á uno de los objetos principales mas interesantes de la constiucion civil: administrar justicia y dar á cada uno su derecho. Los compiladores de este apreciable código, recogiendo con bello método lo mejor y mas estimable de lo que sobre esta materia se contiene en el Digesto, Código y algunas Decretales, y entresecando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo Derecho, llenaron el imenso vacío de la legislacion municipal, y consiguieron servir al rei y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes. Se trata en ella de los procedimientos judiciales, método y alternativa que deben guardar los litigantes en seguir sus demandas, contestaciones y respuestas; de los juezes y magistrados civiles, sus clases y diferencias, officios y obligaciones, autoridad y jurisdiccion; de los *personeros* ó procuradores, escribanos reales de villas y pueblos, su número y circunstancias; de los *vozeros* ó abogados, cuyo ministerio se erige en officio público; del orden de los juicios, sus trámites, emplazamientos, rebeldías, asentamientos; de

(1) *Marina*, *Ensayo hist. lib. IX. §. 2.*

cauciones de los legisladores pudieron remediar el daño.

La cuarta Partida en que principalmente se recogieron las leyes del matrimonio, y se trata de los deberes que resultan de las mutuas relaciones entre los miembros de la sociedad civil y doméstica, es la mas defectuosa é imperfecta de todas, escepto la primera. Los colectores de este libro, olvidando ó ignorando las costumbres de Castilla, las excelentes leyes del Código gótico y las municipales derivadas de él, hicieron empeño en reunir y juntar en un cuerpo de doctrina Derechos opuestos y leyes inconciliables, el Derecho canónico, civil y feudal, el Código, Digesto y Decretales, y el libro de los Feudos; lo que produjo un confuso caos de legislación.

La quinta y sexta en que se trata de los contratos y obligaciones, herencias, sucesiones, testamentos y últimas voluntades, forman un bello tratado de legislación. Sus compiladores tomaron todas sus doctrinas del Derecho civil, y respetaron en tal manera el Código de Justiniano, y lo siguieron tan ciegamente, que alguna vez que les pareció justo desviarse de él, procuraron justificarse como si hubieran cometido un grave atentado. Pero su obra sería mas digna de alabanza, si desprendiéndose del excesivo amor al Código oriental, lo hubieran abandonado en ciertos casos, prefiriendo en estos los acuerdos y resoluciones autorizadas por costumbres y leyes patrias, y por el uso continuado sin interrupcion desde que se formó el Código gótico hasta el Fuero de las leyes, y acaso mas acomodadas á la naturaleza de las cosas y mas útiles á la sociedad (1).

La sétima Partida abraza la constitucion criminal, y es un tratado bastante completo de delitos y penas, copiado ó extractado del Código de Justiniano, á escepcion de

(1) *Marina*, lib. IX. §. 37.

algunas doctrinas y disposiciones relativas á judíos, moros y herejes, acomodadas al Decreto, Decretales y opiniones de sus glosadores, y de los títulos de los *ripios*, *lides*, *desafiamientos*, *treguas* y *seguranzas* que se tomaron de las costumbres y fueros antiguos de España. Los compiladores de esta obra sin duda mejoraron infinito la jurisprudencia criminal de los cuadernos municipales de Castilla, á los cuales se aventaja notablemente; pero en la clasificación de los delitos y en la calidad de las penas tiene defectos considerables, y pudiera recibir muchas mejoras, si dejando alguna vez de seguir ciegamente á los jurisconsultos extranjeros, hubieran entresacado del Código gótico y Fueros municipales, leyes y determinaciones mas equitativas y regulares que las del Código y Digesto (1).

Deseando el soberano publicar un cuerpo de leyes, por donde se terminasen esclusivamente todas las causas civiles y criminales del reino, y que su grande obra fuese en lo sucesivo el código general, único y privativo de la nacion, con derogacion de todos los cuadernos y fueros legislativos que habian precedido hasta esta época, procuró estenderlo por toda la monarquía castellana, y no cabe duda en que tuvo autoridad en Castilla viviendo aún el monarca. Pero los castellanos, tenaces conservadores de las costumbres patrias, y adictos siempre á sus leyes y fueros municipales, se resistieron á admitir un código que trastornaba gran parte del Derecho público y privado, conocido hasta entónces y consagrado por una continua serie de generaciones. De suerte que advirtiéndolo el sabio rei el disgusto de la nobleza castellana y su oposicion al código de las Partidas, y el empeño que hizo en el año de 1270 para que se le restableciese su

(1) *Marina*, 41. del 2. bli. IX.

antiguo Derecho y las franquezas que en él se apoyaban, celebró Cortes en Búrgos, en las cuales consintió y aún mandó que se guardase la costumbre antigua, no solamente en Castilla, sino también en los reinos de Leon, Estremadura, Toledo y Andalucía, y que en todos sus pueblos se administrase la justicia en conformidad á sus cartas torales. Á pesar de todo el código de las Partidas se miró todavía con respeto por una gran parte del reino, especialmente por los jurisconsultos y magistrados; se adoptaron algunas de sus leyes, aunque opuestas á las de los fueros municipales, y llegó á tener autoridad en los tribunales de corte, y fuerza de Derecho comun y subsidiario fuera de ellos, en virtud del gran mérito de esta obra, y de su conformidad con el Derecho romano, en que se creía estar depositada toda la ciencia de los esfuerzos y disposiciones políticas de Don Alonso el Sabio y sus sucesores hasta Don Alonso XI.

Habiéndose este propuesto mejorar el estado de la legislacion, y considerando el mérito de las Partidas y el aprecio que de ellas hacian los letrados y jurisconsultos, y que su autoridad era vacilante y precaria, por no haberse publicado y sancionado con las formalidades necesarias, segun fuero y costumbre de España, las promulgó solemnemente en las Cortes de Alcalá del año 1348, mandando que fuesen reputadas por leyes del reino, y han sido hasta nuestros dias confirmadas por varios soberanos.

Pero D. Alonso XI y sus sucesores, cuando autorizaron las Partidas, solamente quisieron que fueran habidas por Derecho comun y subsidiario, porque conservaron en su vigor y autoridad todos los cuerpos legislativos de la nacion, y el de las Partidas debió reputarse por el último en orden. Esta mala política redujo la legislacion á un estado tan complicado y embarazoso, que en lo sucesivo produjo fatales consecuencias, las que obligaron á los procurado-

res de Cortes á pedir repetidas vezes el remedio, y una compilacion metódica de los ordenamientos y leyes nacionales, á cuya multitud, variedad y oposicion atribuian el origen de todos los males; pero las circunstancias políticas de D. Juan II y Enrique IV no permitieron que tuviese efecto la deseada reforma; ántes crecieron los males y los desórdenes, porque los jurisconsultos y letrados de los siglos XV y XVI, desentendiéndose de la obli-gacion de la lei, y abandonando vergonzosamente el Derecho patrio á consecuencia de su mala educacion literaria, se entregaron esclusivamente al estudio del Código, Digesto y Decretales, y al de los sumistas y comentadores (1) Azon, Acursio, Enrique Oscense, el Especulador, Juan Andres, Bártulo, Baldo y el Abad con otros, cuyas opiniones y sentencias renosaban frecuentemente en los tribunales, se pronunciaban y oian como oráculos, y servian de norma en los juicios, y de interpretacion á las leyes patrias, señaladamente á las del código de las Partidas, al que, como derivado de aquellas fuentes y mas acomodado á sus preocupaciones, dieron libremente la principal, ó mas bien la única autoridad, aunque siempre con relacion y dependencia del de Justiniano y sus intérpretes.

Don Fernando y Doña Isabel, conociendo que la preferencia de la jurisprudencia extranjera, y el estudio privativo de ella con desprecio del Derecho patrio, y la multitud, variedad y oposicion de nuestras leyes eran las causas principales que influian poderosamente en el desórden

(1) El rei D. Juan el segundo publicó una lei en Toro en el año de 1427, prohibiendo á los abogados, so pena de privacion de oficio, alegar en los tribunales « opinion, ni determinacion, ni decision, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor ó doctores, ni de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seguido hasta aquí despues de Juan é Bártulo, nin otrosí de los que nacen de aquí adelante. » *Marina*, §. 2. del lib. XI. nota 2.

público, mandaron (1), en conformidad á lo que habian deseado sus predecesores, hacer una compilacion metódica de las leyes mas notables comprendidas en el Fuero, pragmáticas y ordenamientos; trabajo que ejecutó el célebre Alonso Díaz de Montalvo, publicándose su obra con el título de *Ordenanzas reales*: y para promover el estudio del Derecho patrio, mandaron á los corregidores, oidores, alcaldes y letrados estudiar las leyes de los ordenamientos, pragmáticas, Partidas y Fuero real. Pero conociendo la Reina Católica cuán diminuta, incorrecta y defectuosa era la compilacion de Montalvo, suplicó á su marido, en el codicilo otorgado en Medina del Campo, mandase hacer otra mas completa, exacta y metódica; mas no tuvieron efecto los buenos deseos de tan eminente reina, y subsistiendo las mismas causas, continuaron los abusos y desórdenes, hasta que el reino junto en Cortes, instó repetidas vezes para que se llevase á efecto la proyectada recopilacion de las leyes patrias. Por último se vieron cumplidos sus deseos en el reinado del señor D. Felipe II, que la publicó y autorizó en 1567 con el título de *Nueva recopilacion*; pero ni la publicacion del nuevo código, ni las repetidas providencias del gobierno para mejorar el estado de la jurisprudencia y desórdenes del foro, produjeron el deseado efecto, porque el corrompido gusto de los letrados frustraba los conatos de los legisladores, tanto que se vió obligado el Consejo á mandar en 1713, por auto acordado, que los jueces y letrados se atuviesen al estudio de las leyes patrias.

Mas todos los nuevos esfuerzos del gobierno, hechos en el siglo XVII y tiempos posteriores, fueron vanos é infructuosos, porque nunca se pensó en hacer una reforma radical, ni en aplicar remedios convenientes y proporcionados á la naturaleza y causas de la enfermedad.

(1) *Marina, Ensayo hist. lib. IX. §. 4.*

El desórden se conoce, la confusion de la legislacion se advierte, y los amantes de su rei y de su patria claman porque llegue el tiempo de formarse unos códigos, que bajo un plan uniforme y sencillo abracen la legislacion en su totalidad, deduciéndose las leyes como consecuencias inmediatas de sus principios. ¡Ojalá no tarden en cumplirse los ardientes votos que en todos tiempos ha dirigido á sus reyes la nacion, con lo que se remediarán parte de los males que hace tanto tiempo la afligen!

ANIL

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN

DE BIBLIOTECAS



LAS PRINCIPALES MATERIAS

EN QUE EL DERECHO ESPAÑOL NO CONCUERDA

CON EL ROMANO.

Se ha dicho por cuantos han manejado las *Recitaciones del Derecho civil segun el orden de la Instituta*, escritas por Heineccio, ser en su clase la mejor obra y mas á propósito para el fin que se propuso, de enseñar á la juventud los sólidos principios del Derecho romano, por su claridad, enlace de principios y demas ventajas que reúne, tanto que ha merecido la general aceptacion, y ha sido, por decirlo así, el vestibulo por donde nuestros juriconsultos entraban en el estudio del Derecho patrio. Esta verdad consagrada por el tiempo, no se desconocerá nunca, ni á nosotros nos será lícito dudar de ella; mas no por eso dejaremos de decir que si el objeto de este tratado es cimentar en la legislacion universal á los que se didican al estudio de la jurisprudencia, convendria siempre acomodarle á los usos, costumbres y legislacion particular de cada reino. Sin embargo, como contraerla á este punto precisamente, seria quitarle su verdadero mérito, y de una obra general hacerla particular de la nacion á que se acomodase, despojándola de la cualidad de elemental; para llenar el fin que nos proponemos, nos parece oportuno reunir en este apéndice las materias principales del Derecho español como un complemento de las *Recitaciones del Derecho romano* de Heineccio, ha-

ciendo un ligero resúmen de la parte legislativa de nuestra jurisprudencia, que ó bien se desconoció en aquel, ó por lo ménos no se estableció bajo de los principios que entre nosotros; y aún cuando llegue á variarse segun la ilustracion del siglo, los deseos del gobierno actual y otras circunstancias, podrá sufrir este apéndice la misma alteracion. No basta al jurisperito, en materia de legislacion y política, entender y saber el Derecho romano: son necesarios otros conocimientos del nuestro, sin los que no podria ejercer acertadamente los diversos empleos á que puede destinársele en la carrera literaria; y á esta clase pertenece todo lo que aqui adicionamos.

LIBRO PRIMERO.

TÍT. II. §. 59 á 63.

Al tratar de las leyes particulares, ó llamémoslas *privilegios*, nos ha parecido indicar algo de otros conocidos en España bajo el nombre de *obrepticios* y *subrepticios*, esto es, concedidos á la sombra de una mentira ú ocultando las preces que motivan su expedicion. Estos privilegios fué siempre la voluntad de los soberanos, no tuviesen efecto ni valiesen, segun así lo dispone una lei de *Partida*, porque su naturaleza distintiva es la de ser contra la pública utilidad, contra el Derecho, ó concedidos en perjuicio de un tercero: cuyas circunstancias los invalidan, dejándolos sin ningun efecto legal.

Tambien conocemos en España otros privilegios llamados *moratorias*, concedidos por el soberano, y las mas vezes por sus tribunales supremos, que son ciertas concesiones hechas en favor de los deudores, por las que se les concede algun plazo para la satisfaccion de sus deudas. Para que tenga lugar este privilegio son necesarios cier-

tos requisitos: 1º que los deudores se obliguen al pago en el plazo señalado; 2º que lo afianzen de un modo seguro; y 3º que esta fianza sea á gusto y satisfaccion de los acreedores: para lo cual se les hace saber, y formándose un juicio entre estos y aquel, recae la sentencia de concesion de moratoria, que suele estenderse á uno, dos, cuatro y mas años.

TÍT. III. §. 76.

Al estado de los hombres se conceden por nuestro Derecho varias consideraciones, por las que se disfrutan en la sociedad distintos honores y prerogativas dignas de saberse, y que no encontramos deslindadas con la debida claridad en el Derecho romano. Segun el estado natural de los hombres, unos son *nacidos* y otros *engendrados*: el Derecho considera á estos últimos, siempre que se trata de su bien, lo mismo que á aquellos, segun lo previene una lei de *Partida*; pero debe concurrir necesariamente en su nacimiento, el que sean dados á luz vivos, vivan por lo ménos 24 horas, hayan sido bautizados, y ademas nacidos en tiempo en que naturalmente pueden vivir, pues de otro modo son incapazes de adquirir los efectos que el Derecho les da. Segun este mismo estado natural, conocemos la diferencia entre *varon* y *hembra*, cuyos derechos emanados de la naturaleza son iguales en ambos, y cuya diferencia por el Derecho civil se marcará en su respectivo lugar.

Segun el estado civil se dividen los hombres en *libres* ó *siervos*, pudiendo nosotros decir en cuanto á estos últimos, que en España es desconocida la esclavitud como la ejercian y tuvieron los romanos, y solo se conservan algunos restos; aunque mucho mas benignos y favorables para con los desgraciados siervos, en algunas provincias y ciu-

dades de nuestras posesiones de ultramar, que es muy fácil se estingan totalmente, quitando del Derecho esta division tan odiosa, y constituyendo á los denominados siervos en la clase de libres, aunque de inferior condicion y sujetos á ciertos trabajos propios de su nacimiento y educacion.

Segun este mismo estado se subdividen los hombres en *nobles* y *plebeyos*, en cuya clase se conocen varias especies, siendo esta en general una cualidad de distincion que eleva al hombre á una clase superior que la regular. Á esta son concedidos ciertos privilegios, de los cuales hai algunos en uso, y son, el no poderse desdecir de haber injuriado á otro, y el no poder ser embargados por deudas la casa de su morada, sus armas, caballos y demas que sea propio de tales caballeros, sin que puedan renunciar esta lei establecida en su favor. Tambien les está concedido el uso de pistolas de arzon, y otros privilegios que podrán verse con mas estension en los autores que han tratado de esta materia.

De la segunda division de hombres libres se hace otra subdivision en nuestro Derecho, la de *elesiásticos* y *legos*, siendo los primeros los que están adscritos al servicio de la iglesia, ejerciendo en ella algun cargo propio de su ministerio; y los segundos todos los demas. Son tambien *seculares* ó *regulares*, conociéndose bajo de esta última denominacion los que han profesado alguna religion aprobada; unos y otros gozan de varias prerogativas concedidas por diferentes leyes.

Se subdividen los hombres libres en *vecinos* y *transeuntes*, siendo los primeros los que tienen constituido domicilio fijo en cualquier pueblo, contribuyendo en el mismo á las cargas del estado y disfrutando en él los honores y prerogativas propias de vecindad; y los otros los que se

encuentran por temporada sin ánimo de permanecer ni fijar su residencia en el pueblo en que se hallan.

La última subdivision de hombres libres es en *naturales de estos reinos y extranjeros*, entendiéndose por natural, segun la *lei recopilada*, aquel que es nacido en estos reinos ó es hijo de padres nacidos en ellos, ó que al ménos lo haya sido el padre ó haya contraido domicilio viviendo por espacio de diez años en el reino; y extranjero, á quien falta alguna de estas circunstancias. Se han concedido á los naturales ciertos cargos ú oficios, particularmente en los pueblos de su vecindad, que no pueden ocupar los extranjeros. Estos pueden obtener la naturalizacion, consiguiendo para ello carta de tal, que se concede por el soberano despues de examinadas las circunstancias que se hallan prevenidas en distintas disposiciones legales.

TÍT. IX.

Aunque este título se halla suficientemente esplicado, tanto en los *Elementos del Derecho romano* como en las *Recitaciones*, no dejamos de hallar algunas diferencias en nuestro Derecho patrio. Nunca se han concedido en España derechos tan terribles y latos á los padres para con sus hijos, como los dió su Derecho á los romanos, entre los cuales ejerció en un tiempo el padre el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; cosa ciertamente repugnante á la misma naturaleza. Nada hacian suyo los hijos, pues cuanto adquirian, se entendia y reputaba por de sus padres; y en fin, no eran considerados en esta sociedad paternal sino como unos entes prontos al servicio del padre, sin la menor representacion por sí. Nuestras leyes, mas benignas y ténpladas, al establecer los derechos emanantes de la patria potestad, concedieron al hijo una

representacion separada de la del padre; le asignaron bienes de los mismos que él adquiriese, que denominaron *peculios*; ampliaron los modos de salir de la patria potestad, y por último solo vinieron á conceder á los padres un derecho, para exigir de sus hijos los oficios de respeto y sumision debidos, y el de corregirlos y castigarlos moderadamente, y una administracion lata de sus bienes, miéntras estuviesen en su poder; derechos todos emanantes de la naturaleza, y cuya obligacion reciproca nunca se desconoció por ninguna sociedad, aún por las que se gobernaron por leyes mas despóticas y bárbaras. Entre nosotros los hijos casados y velados salen de la patria potestad, como lo estableció una *lei recopilada*, al paso que entre los romanos todos los descendientes lo estaban bajo la del pariente mas anciano de la linea paterna. En los demas modos de concluirse la patria potestad está conforme nuestra legislacion con la romana, pudiendo solo añadirse, que segun nuestras leyes todo empleo ó destino que el hijo obtenga, por el cual se constituya jefe privativo de cualquier cuerpo ó reunion, lo exime y libra de la patria potestad; y tambien cesa esta, siempre que el padre cometiere el pecado de incesto.

TÍT. X.

En España suelen preceder al matrimonio los *esponsales*, que son el mutuo prometimiento de casarse que se hace por los contrayentes; y como que son unos verdaderos contratos, puede reclamarse civilmente su cumplimiento en el tribunal competente, que lo es el eclesiástico, segun se halla establecido por la *lei de Partida*: bien que esta obligacion puede dejarse de cumplir, siempre que intervenga una justa causa de las señaladas en otra *lei*.

Por lo respectivo á esta materia se hallan establecidas varias pragmáticas, pudiendo todas tenerse por refundidas en la publicada en 30 de abril de 1803, que establece que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, pueden contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentasen, no estará obligado á dar la razon ó explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, podrán casarse sin el consentimiento paterno; y lo mismo las hembras que hayan cumplido los 23. En defecto del padre tendrá la misma autoridad la madre; pero los hijos adquieren entónces la libertad de casarse un año ántes, esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos. Á falta de padres tendrán la misma autoridad los abuelos, adquiriendo los menores en tal caso la libertad de casarse á su arbitrio, si son varones, á los 23 años, y las hembras á los 21. Á falta de padres y abuelos podrán los tutores resistir los matrimonios de los menores, y á falta de estos el juez del domicilio; pero todos sin obligacion de explicar la causa, y en este caso adquirirán los varones la libertad de casarse á los 22 años, y las hembras á los 20, tambien cumplidos. Concluye por último esta pragmática previniendo, que las personas que hayan de solicitar licencia, para contraer matrimonio, del soberano, de su cámara ó gobernador del Consejo, necesitan, para solicitarla, haber obtenido previamente la licencia de sus padres, abuelos ó tutores; previniendo últimamente que los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonios, para los que no estuviesen habilitados los contrayentes segun los requisitos espresados, sean espatriados y ocupadas sus temporalidades, y en igual pena de espatriacion incurrirán los contrayentes, con la de confiscacion de sus bienes.

En España se conceden ciertos efectos civiles al matrimonio, que desconocieron las leyes romanas, siendo el principal y conexo á este titulo el conocido con el nombre de *gananciales*, que son las adquisiciones que hacen ambos cónyuges constante el matrimonio; las que son por mitad para cada uno de estos, disuelto aquel por cualquiera de las causas establecidas: debiendo entenderse que los que cada cónyuge aporta al matrimonio, bien ántes de celebrarse este, bien despues, con tal que conste cuáles son, por escritura pública ó por otro de los medios establecidos en el Derecho, serán propios de cada uno ó de sus herederos respectivos. Por manera que se tendrán por gananciales todos los bienes que aparecieren al tiempo de la disolucion del matrimonio, y para sacar los cónyuges los á ellos respectivos, deberán acreditar su dominio; para lo cual se usa frecuentemente otorgar por el futuro esposo á la futura esposa la correspondiente carta dotal, en que se explica el modo con que se han de devolver estos bienes dotales, y en ella se incluye la escritura de reconocimiento de capital que aporta el marido; y la mujer declarará ser tales los bienes que se incluyen en la dicha escritura.

Tambien se observan ciertas anomalías en esta sociedad, llamada *conyugal* y establecida por beneficio de la ley, que dura únicamente miéntras hai matrimonio; las que la hacen separarse de las demas sociedades regulares, estableciendo ciertas reglas propias de ella sola, y que nunca podrán aplicarse al contrato de sociedad. En primer lugar se advierte que en esta sociedad se reparten las ganancias por mitad, sin contemplanion á que el uno haya llevado mas caudal que el otro, ni tampoco que haya puesto mas trabajo para su adquisicion, ni que los bienes aportados por su mejor calidad sean mas productivos. Esta sociedad queda disuelta por la muerte de cualquiera

de los cónyuges ó por la separacion declarada judicialmente, ó llamémosla divorcio, sin que nunca pueda entenderse renovada ó continuada contra el cónyuge supérstite y los herederos del difunto, aunque ellos lo intenten y presten su voluntad para este contrato, pues estando establecido por la lei únicamente en los matrimonios, no podrá tener sus efectos fuera de estos, porque cesan los justos motivos que en aquellos existen para el establecimiento de tal sociedad conyugal. En ella tiene el marido la posesion y el dominio *in actu* de todos los bienes que la componen, y puede por lo mismo enajenar y vender los bienes de esta sociedad, mientras dura, siempre que el marido no lo haga en perjuicio de la mujer, ni disponga de ellos sino por contrato entre vivos, pues *mortis causa* no le es permitido. Tambien existen dos únicos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad; que son si la mujer al tiempo de contraer el matrimonio ó despues de contraido, renuncia á ella, y cuando los bienes del uno de los cónyuges fuesen confiscados por sentencia declaratoria de esta pena, en cuyo caso queda para el otro cónyuge su mitad de gananciales íntegra.

Asimismo puede tenerse por efecto peculiar de esta sociedad, el que los frutos ó productos de los bienes propios de cada uno de los esposos, entran tambien en la masa de gananciales, igualmente que los gastos hechos para sembrar, barbechar, etc., y los productos de los empleos que disfruta el marido, por reputarse frutos civiles de los mismos; y segun una lei pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios, siendo tambien pertenecientes á esta sociedad los aumentos ó mejoras de los bienes de cada uno de ellos, con tal que provengan de la industria ó trabajo: aunque no así los aumentos que dimanen ó provengan de la naturaleza de los mismos bienes, pues estos tocan á aquel de quien son las propie-

dades. Cesa este efecto en las mejoras hechas en las fincas de mayorazgo, por ceder todas al mismo; y aunque segun la inteligencia de las leyes que hablan sobre esta materia, parece deben entenderse únicamente las mejoras hechas en las cercas de los bienes amayorzados, y las necesarias sin las que se destruirian aquellos, esto no obstante se ha tenido por mas conforme y arreglado á la práctica la doctrina que se ha sentado al principio. Tambien cesa dicho efecto en las adquisiciones hechas por derecho de retracto, pues solo en el cónyuge adquirente concurren los requisitos apetecidos para él, quedándole al otro únicamente el derecho á la mitad del precio por que se compró la finca *retraida*.

Es renunciable, segun llevamos manifestado, el derecho á la mitad de los gananciales, y hecho esto por la mujer, no está obligada á satisfacer las cargas que sobre dichos bienes gananciales gravitan, como son el pago de las deudas contraídas por el marido, las donaciones *propter nuptias* de los hijos, y las dotes de las hijas, pues es claro que siendo estas cargas deudas del matrimonio, y no pudiéndose llamar bienes gananciales sino lo que resulte despues de cubiertas aquellas, renunciándolos la mujer, se libra de las cargas y deudas propias de ellos.

Tambien se conceden otros efectos civiles al matrimonio en favor de los maridos y relativos á sus mujeres, que se hallan establecidos en distintas leyes de la *Novisima Recopilacion*; y son que ninguna mujer casada pueda, constante el matrimonio, sin licencia de su esposo repudiar ninguna herencia á que tenga derecho, bien por testamento, bien abintestato; ni tampoco aceptarla sino con beneficio de inventario: que no pueda celebrar contrato alguno ni apartarse de los contraídos, dando por libre de ellos al contrayente: que no pueda hacer cuasi contrato, ni por consiguiente comparecer en juicio por sí ó por me-

dio de procurador: que el marido pueda dar su licencia bien general, bien particular para contraer a la mujer, y para hacer todo lo demas que sin ella no podria: que tambien pueda el marido ratificar lo que la mujer hubiese hecho sin su licencia, bien sea en general, bien en especial: y últimamente que el juez pueda con conocimiento de causa compeler al marido á que dé su licencia para todo aquello que la mujer no podria hacer sin ella, obligándole, si hubiese resistencia, y en su caso dándola el juez; y surte el mismo efecto que la marital.

Es tambien efecto civil del matrimonio, el que el marido, entrando en los 18 años, pueda administrar su caudal y bienes, y los de su mujer, sin necesidad de obtener la correspondiente dispensa de edad; y tambien lo son las esenciones concedidas á los casados, librándolos de ciertas cargas y oficios concejiles en los cuatro primeros años del matrimonio, y otras que constan en nuestras leyes; como igualmente la desheredacion que concede á los padres la pragmática de matrimonios, cuando el hijo lo contrae contra lo en ella espresamente establecido.

Aunque los romanos conocieron tambien la materia de dotes y se halla tambien establecida en su Derecho, encontramos sin embargo algunas diferencias, ya en su clasificacion, ya en los efectos dimanantes de esta. Conócense pues entre nosotros distintas clases de dotes, como son la *estimada é inestimada, voluntaria y necesaria, adventicia y profecticia, entregada y confesada*; clasificaciones todas que creemos no necesiten esplicarse, y así solo trataremos de manifestar los diversos efectos que producen.

En la estimada debe preceder siempre su aprecio, para que así conste el valor de los efectos que se aportan al matrimonio, y en caso de devolucion pueda hacerse de este, si no existen aquellos: en la inestimada, únicamente se hacen constar los efectos llevados en dote que podrán

reclamarse por los herederos siempre que existan. Voluntaria puede definirse, hablando legalmente, una donacion que da cualquiera persona sin que pueda ser compelido á hacerlo, porque ninguna obligacion tiene á ello, al paso que la profecticia, es carga de los padres, y que por lo tanto deben señalarla. No es tan lata esta obligacion que no tenga prefijados sus límites en nuestras leyes, y así está tasada en las mismas con arreglo á la riqueza del padre, teniéndose por inoficiosa, en cuanto esceda de esta justa regulacion. Las dotes entregada y confesada gozan de muy distintos efectos en lo tocante á su restitution, pues tratándose de la de aquella, se le concedió el privilegio de antelacion á cualesquier deudas del marido, y tiene tambien el concepto de pignoraticia, y para su pago están espresamente hipotecados los bienes del marido; al paso que la confesada carece del privilegio dotal y se considera como una deuda, con mas ó menos preferencias, segun sus circunstancias. En la entregada, como quiera que el marido se hace dueño de ella por título de compra, y con solo la obligacion de restituir el precio en que fué estimada, puede enajenarla á su voluntad, y aún en el sentir de algunos autores, sin la menor intervencion de la mujer.

Últimamente, respecto de la restitution de las dotes, debemos manifestar que disolviéndose el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, debe hacerse aquella inmediatamente, si los bienes en que consiste la dote, son raíces, y dentro de un año, si fueren muebles. Tambien tiene lugar la restitution de la dote por el divorcio; y tanto en el caso anterior como en este, se deja conocer la razon que impulsó á establecerla en la lei de *Partida*, porque en ambos casos cesa la causa, que fué el sosten de las cargas matrimoniales.

Tiene la mujer otros bienes ademas de los dotales, que

nosotros conocemos con el nombre de *parafernales*, cuyo dominio pertenece al marido, constante el matrimonio, siempre que la mujer se los entregue; mas no constando esto, quedan de propiedad particular de aquella.

No se hace mérito de otra clase de donaciones que tambien señala nuestro Derecho, por encontrarlas establecidas en el romano.

TÍT. XIII.

En este título solo notaremos algunas pequeñas diferencias que se encuentran establecidas por nuestro Derecho, y que á la verdad esclarecen mas los fundamentos legales en que se apoyan. Los romanos hicieron semejante la tutela á la herencia, deduciendo de este principio varias consecuencias, y la principal era, que no pudiendo uno morir parte testado y parte intestado lo mismo sucedia con respecto á la tutela; mas entre nosotros, no rigiendo este principio, y pudiéndose hacer testamento aún sin instituir heredero, no deben tener entrada semejantes consecuencias. Tambien se consideró la tutela como un acto legítimo, y que debe interponerse inmediatamente en el mismo negocio por la autoridad judicial; mas nuestro Derecho solo exige lo que los prácticos conocen con el nombre de *discernimiento*, sin pararse en que la petición que para este se hace á la Autoridad, sea inmediatamente ó despues de trascurrido algun tiempo.

Entre las excusas establecidas por los romanos, encontramos una que lo es, el tener tres tutelas que no sean honorarias ni leves; mas concediendo las leyes de nuestro *Fuero Juzgo* y *Real* la décima parte de los bienes del pupilo al tutor en concepto de administrador de los bienes de este, es claro que esta tutela no puede considerarse en España como onerosa al tutor, ni por consiguiente ser-

virle de excusa, militando la misma razon con respecto á otras que, consideradas como una carga, han dejado ya de serlo en razon de la décima concedida.

Últimamente la accion que se da por razon de la tutela es pública, pues cualquiera tiene derecho para ejercitarla en beneficio del menor, aunque sea solo movido por piedad.

LIBRO SEGUNDO.

TÍT. X.

No deja de encontrarse alguna diferencia del modo de hacer testamento por Derecho romano, al que nosotros observamos. Se hace únicamente en España el testamento, ó nuncupativamente ó por escrito: en el primer caso debe reducirse á escritura, y en el segundo no se exigen otras formalidades que la asistencia del escribano con el número competente de testigos. Ha quedado reducida esta facultad ó derecho de testar, á ejercer el hombre del modo que mejor le parezca, y siempre que en ello no haya prohibicion, su voluntad para disponer de sus bienes del modo y en favor de la persona que mas sea de su agrado. Así que han desaparecido de nuestro Derecho mil fórmulas y otras tantas formalidades que debian observarse en la confeccion de los testamentos por el romano. Entre los romanos era, por decirlo así, la esencia de los testamentos la institucion de heredero, por manera que al que carecia de este requisito, no se le atribuían los efectos de tal, haciéndose varias ficciones, para que nunca resultase testamento sin institucion de heredero; y llegó á tenerse hasta por ignominioso el morir sin heredero. Mas entre nosotros, para que tenga cumplido efecto la última disposicion, no es necesaria tal formalidad, y podrá mui

bien cualquier testador distribuir su herencia en mandas y legados, sin que por esto deje de cumplirse exactamente cuanto dispusiese.

TÍT. XVI.

Tanto por nuestro Derecho como por el romano se encuentra admitida la sustitucion pupilar hecha por los padres en sus testamentos y en favor de los hijos impúberes, para en el caso de morir estos ántes de llegar á la pubertad; y como entre los romanos, por efecto de esta patria potestad, tal cual ellos la usaban, se hallaban en aquella los hijos y demas descendientes, de aquí era que podia sustituir pupilarmente el abuelo; mas segun nuestro Derecho esta facultad se halla limitada á solo el padre, por salir los hijos de la patria potestad, casándose y velándose.

En España tenemos establecido el que la facultad de testar pueda cometerse á otro: esto se ejecuta por medio del oportuno poder con las mismas formalidades que se exigen para los testamentos; y el señalado por el testador para que ejecute su testamento, se llama *comisario*. Es cierto que este nada puede hacer en virtud del poder que se le confiera, mas de lo que en él se halla establecido; por manera que ni puede instituir heredero, ni hacer mejoras, ni revocar legados, ni sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, hallándose reducidas las facultades del comisario á lo que le hubiese prevenido el testador en su poder; y si nada le previno, puede desempeñar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas de cualquiera clase, y mandando distribuir por su alma la quinta parte de todos sus bienes, y el remanente deberá repartirse entre los herederos abintestato. En caso de no tenerlos el testador, deberá

disponer el comisario de todos sus bienes en favor de causas pias y provechosas al alma de dicho testador. El comisario debe usar del poder que se le dió, dentro de cuatro meses, si estuviera en la ciudad, villa ó lugar, donde se le dió el poder al tiempo que se le dió; dentro de seis meses, estando ausente, y dentro de un año, estando fuera del reino. Pasados estos términos, que corren contra el comisario ausente é ignorante, sin haber otorgado el testamento, irán los bienes del testador á sus herederos abintestato. Ni el comisario ni el testador tienen facultad para prorogar los términos que ya quedan referidos.

En esta materia de testamentos hai dos puntos muy singulares que conocer de nuestra legislacion, á saber, el de *mejoras* y el de *mayorazgos*, los que trataremos con alguna estension, copiando, para dar una idea de los segundos, lo que dice Álvarez en sus *Instituciones de Derecho real de España*.

DE LAS MEJORAS.

Es muy comun en España hacer los testadores uso de las disposiciones legales, por las que se les autoriza para el establecimiento de mejoras de tercio y quinto á favor de las personas, á quienes pueden hacerse. La mejora es *una donacion que el padre ó un extraño hace á sus hijos ú otras personas, por la que los mejora de condicion en quanto á la legitima, ó si es extraño, le manifiesta la liberalidad y desinterés con que obra en su favor*. Segun nuestro Derecho patrio, todos los bienes que tienen los padres, son legitima de sus hijos, á escepcion de una quinta parte de ellos, de la que pueden disponer en favor de la persona que mejor les pareciere, ó de cualquier otro modo. Por la reciprocidad de derechos que la misma naturaleza parece haber puesto entre padre é hijo, se halla estable-

cido del mismo modo en nuestras leyes, que todos los bienes de los hijos son legítima de sus padres, fuera del tercio, del que pueden disponer en la misma forma que se ha dicho del padre respecto al quinto. Es también singular y propio de nuestro Derecho, el que pudiendo solo el padre dejar el quinto á estraños, tenga libertad para dejar el tercio á uno de sus hijos ó descendientes; mas así se encuentra establecido en la lei 18 de Toro.

Las mejoras pueden hacerse revocable é irrevocablemente: las primeras pueden variarse cuantas veces quieran los testadores, pues que estando facultados para variar sus testamentos, y siendo la mejora una parte de estos, podrán alterarlas ó revocarlas á su arbitrio, intervenga ó no causa para ello. Las irrevocables son las hechas por contrato entre vivos; pero es necesario tener presente que para que llegue á tener dicha mejora los efectos de irrevocabilidad, se requiere la posesion en el mejorado de las cosas que abraza la mejora, ya sea esta posesion de los mismos bienes, ya de escrituras de ellos; y lo mismo sucede, cuando la mejora es hecha por causa onerosa con otro tercero. La regulacion de estas mejoras debe hacerse por el valor de los bienes del padre al tiempo de su defuncion, y no al en que se hicieron, segun que así lo previene la lei 23 de Toro. Cuando se hacen por el testador que tiene descendientes, las dos mejoras de tercio y quinto, deberá sacarse primero la de este, por haberse así establecido en una lei de Estilo que se halla en observancia, y parece muy conforme su uso en favor de los testadores que solo pueden disponer del quinto de sus bienes. Por otra lei de Toro está permitido á los padres señalar los bienes, en que hayan de consistir las mejoras, de los que componen su herencia; mas esta facultad, segun el espíritu mismo de dicha lei, es personalísima del padre, y no podrá nunca cometerla á otra persona ni aún al

mismo hijo. Hecha pues la mejora en estos términos, y designados por el padre los bienes en que se haya de pagar, en estos mismos deberá entregarse al mejorado, salvo el caso de no tener cómoda division, en el que podrá recibir su importe en dinero efectivo. Las mejoras quedan válidas, aunque el mejorado renuncie la herencia, y aún cuando se rompa ó anule el testamento por pretericion ó exheredacion.

Hecha por el padre donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende mejorado, y debe aplicarse esta donacion, primero, como mejora de tercio; si fuese escensiva, será aplicable al quinto, y si de esta también escudiere, lo que sobrare, se aplicará á la legítima; mas si escudiese estos cotos, se tendrá por inoficiosa en cuanto al exceso, segun que todo así se halla establecido en la lei 26 de Toro. Esto es con respecto á la donacion simple; mas la de por causa, debe contarse primero por legítima; si escudiere de esta, es aplicable al tercio, y en último lugar al quinto. Adviértase que al padre, aunque se halla facultado para mejorar á sus hijos, le está prohibido espresamente hacerlo por via de dote ni casamiento á su hija, sin que esta pueda nunca entenderse mejorada, tácita ni espresamente, por ningun contrato entre vivos, segun que así se halla establecido por una lei recopilada.

En conclusion de este tratado, deberemos manifestar que hai ciertos gastos hechos por los padres en favor de sus hijos, que vienen á constituir el patrimonio de estos sin obligacion de colacionarlo, ni aún para que se les aplique por cuenta de mejoras: tales son los consumidos en darles estudios, armarlos caballeros y otros de esta misma naturaleza, segun lo previene la lei 3. título 4. Partida 5, que consideró estos gastos como alimentos consumidos, incapazes por lo mismo de colacionarse, al

propio tiempo que los miró como un esplendor y brillo que da el agraciado con estos estudios y grados á toda su familia.

DE LOS MAYORAZGOS.

Mayorazgo (1) es una institucion por la cual se prohíbe la enajenacion de algunos bienes, y se establece el órden de personas que han de suceder en su posesion. El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentificacion, y uno y otro son manifestamente institucion del Derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposicion. La prohibicion de enajenar, aunque de la esencia de los mayorazgos, es también comun á los demas bienes poseidos por manos muertas; así que la diferencia especifica de los bienes amayorazgados es el órden de personas que han de suceder en su posesion.

Si este órden es el mismo que el que la lei 2.^a título 15, Partida 2.^a, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama regular: si se diferencia de él en algo, se llama irregular. Son varias las fórmulas, por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular; y en general se puede decir, que no constando espresa y manifestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, es tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en

(1) Con esta palabra se designa también el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aquí solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

la lei citada de la Partida 2.^a, debe tenerse presente, 1.^o la línea, por que la del último poseedor escluye á las demas; 2.^o el grado, porque en la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto; 3.^o el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual línea y grado; y 4.^o la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder, murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el órden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, así como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas, siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen, á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el órden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tansolo de las que acostumbraban hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1.^a mayorazgo de agnacion, 2.^a de masculinidad, 3.^a de femineidad, 4.^a de segundogenitura, 5.^a alternativos, 6.^a saltuarios, y 7.^a electivos (1).

(1) Quizá alguno eche de ménos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion fingida y los incompatibles, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido, que diferenciándose los mayorazgos segun el órden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este órden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó no agnado,

Mayorazgo de agnacion es *aquel, á cuya sucesion solo son llamados los varones que descienden del fundador de varon en varon, sin mediar hembra alguna*. El de masculinidad es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon*. Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la pragmática que el señor rei D. Felipe III dió á petición de las Cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1), que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de allí en adelante (2), si no fuese en caso que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

Mayorazgo de femineidad es *aquel, á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones*. Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son, de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las

no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de *terminidad*, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de *segundogenitura*, en que el primer llamado fuese primogénito, y así de los demas. La incompatibilidad es considerada únicamente como una condicion que suele ponerse en algunos mayorazgos; pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aún cuando por ella se altere alguna vez el orden de suceder, no se crea una constante y diferente de las demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

(2) Esto es, desde el 15 de abril de 1615.

hembras que proceden de hembra, y el segundo aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon.

Mayorazgo de segundogenitura es *aquel á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por orden sucesivo*. Alternativo es *aquel á cuya sucesion son llamados parientes de diversas lineas, de manera que á cada vacante que ocurra, se varia de linea, alternando por su orden las llamadas*. Saltuario es *aquel, á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad*. Electivo es *aquel, en que los poseedores tienen facultad de elegir sucesor entre sus hijos ó parientes*. Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogénito, ó al que, segun el orden regular de suceder, correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, así como todos los demas, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, excepto en la parte en que consiste la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga á cerca de la fundacion de los mayorazgos y de las propiedades de los bienes en que consisten, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la real cédula de 14 de mayo de 1789 (1), todos los que podian testar, podian fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera, de la tercera parte de sus bienes, si tenian ascendientes, y de la quinta, si tenian descendientes; y haciéndolo en favor de alguno de estos, podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes, es para lo que únicamente se necesitaba licencia real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que

(1) L. 12. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

produciría la muchedumbre de mayorazgos, que no se pudiesen fundar, aunque fuera por vía de agregación, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tuvieran herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces, sin que precediese la licencia del rei. Para que esta se concediese, debia ser á consulta de la Cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo, que se intentaba fundar, llegaban, cuando ménos, á tres mil ducados; que la familia del fundador era digna de ser empleada con utilidad del Estado, y que los bienes, en que habia de consistir el mayorazgo, no eran raíces, ó al ménos que la parte de bienes de esta especie, que se queria vincular, era menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa y otros semejantes, que entraban á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales debian consistir todos los que se fundasen. Además debia pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vinculase. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos eran nulas, y los bienes en que consistian, debian pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes competia reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, todo el que podia disponer de sus bienes, podia fundar mayorazgos, establecer el orden con que se habia de suceder, y las condiciones que habian de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente solia proponerse, era la de que la posesion de un mayorazgo fuese incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad podia ser de ocho maneras: 1.^a *expresa*, cuando el fundador la manifestaba con palabras terminantes en la fundación: 2.^a *tácita*, cuando se inferia necesariamente de las cláusulas de ella, v. g. cuando se mandaba que los sucesores de un mayorazgo se firmasen en primer lugar con el apellido del

fundador, era manifesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no podia obtener otro que exigiese la misma condicion: 3.^a *absoluta*, que impide la reunion con cualquiera otro mayorazgo: 4.^a *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5.^a *en adquirir*, que priva de este derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6.^a *en retener*, que prohíbe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles; pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7.^a *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8.^a *real ó lineal*, cuando comprende á toda la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman *de hombre*, porque los particulares pueden á su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hai con el nombre de *incompatibilidad legal*, y es la establecida por la lei del señor D. Carlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegase á producir de renta dos cuentos (1), escogiese el primogénito el que quisiera, y el otro pasase al segundogénito, y que si no habia mas que uno, se hiciese esta division entre los hijos de este.

Los mayorazgos eran por su naturaleza perpetuos, aún cuando los fundadores no lo espresaban así en las fundaciones; pero si disponian manifestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se hacian libres llegado el caso previsto en la fundación. Eran tambien indivisibles; y solo podia ocurrir un caso mui raro, cual era el de que naciesen de un parto dos varones ó dos hembras, sin que se pudiese averiguar cuál habia nacido primero, y entónces el mayorazgo se dividia por mitad (2).

(1) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedis vellon (poco mas de 2941 pesos).

(2) L. 12. tit. 33. Part. 7.

Los bienes de mayorazgo eran inajenables por la sencillísima razón de que á ninguno de sus poseedores correspondía su dominio. Sin embargo, además de estar sujetos como los bienes libres á la enajenación en favor del público en los casos de conocida utilidad, se podían también enajenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesitaba información de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibición de enajenar se extendía naturalmente á la de gravar, de cualquiera manera que fuese, los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que eran llamados á suceder en su posesión, parecía que tampoco deberían recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo, por la lei 46 de Toro (1) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construídos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo, sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras pudiesen reclamar su estimación. Los intérpretes han querido estender la disposición de la lei á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados, pero acaso esta opinión tan seguida hasta aquí, está más apoyada en autoridad que en la razón y en la crítica legal.

Tampoco estaban obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hubiesen contraído sus antecesores, porque no sucedían á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linaje; pero debían pagar las deudas contraídas por los fundadores antes de que fundasen el mayorazgo. No obstante esta justa ventaja que llevaban las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesión

(1) L. 6. tit. 17. lib. 40. de la Nov. Recop.

de estos, era de más provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que daba la prelación, tanto en la línea recta como en la trasversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales podía correr la sucesión de los mayorazgos; pero los intérpretes dan este nombre á otras muchas que designan con los de *paterna* y *efectiva materna, masculina, femenina, contentiva ó comprensiva, actual ó posesoria de agnación, de cualidad, de sustancia habitual, de primogenitura defectiva, electiva y postergada*. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan explicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas (1). Otras cosas hai en este asunto harto más arduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aquí solo pondremos un caso en que podría ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, después de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro legítimo; muerta su mujer pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este legitimado por subsiguiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales á los legítimos, y siendo de más edad el legitimado, parece que debía ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la más fundada y seguida, porque la legitimación no puede

(1) Los que antes de estudiar esta materia, no se hayan ocupado en formar árboles genealógicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurrian acerca de la sucesion de los mayorazgos, debian sustanciarse en las chancillerías y audiencias; pero habia un juicio llamado *de tenuta*, que era privativo del Consejo. Cuando no se hacia oposicion al sucesor, la posesion le era trasmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la lei, conforme á la *45 de Toro*; por lo que á esta posesion se le daba el nombre de *civilísima*.

En toda la doctrina de los mayorazgos hemos hablado de su institucion, especies, etc., como de una cosa pasada, porque su desvinculacion, principiada por el decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820 y confirmada por otros posteriores, puede mirarse como un hecho irrevocable. Sin embargo merece advertirse, que la última lei que sobre tal materia ha recaído, que es la de 19 de agosto de 1841, prescribe en su primer artículo, que las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, continúe en vigor *solo en la Peninsula é Islas adyacentes*.

Estos son los puntos que nos habiamos propuesto esplanar en el presente apéndice, pues aunque los *extractos y rasgos* constituyen dos de las diferencias mas esenciales entre nuestro Derecho y el romano, quedan ya explicados suficientemente en las notas de las páginas 234 á 236 y 252 á 262 de este tomo, y juzgamos superfluo repetir aquí lo que en ellas se ha dicho.

BIBLIOTECA

PARA EL QUE SE DEDIQUE AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

Introduccion é historia.

ARÓLAS. Introduccion al estudio del Derecho romano. Valencia, 1845, 8vo. may.

BACHII historia jurisprudentiæ romanæ. Novis observationibus auxit Stockmann. Lipsiæ, 1806. 8vo.

Principia Juris civilis tum romani tum gallici, auctore DUPIN. Parisiis, 1806-12. 3 vols. 42vo.

Compendio histórico del Derecho romano, desde Rómulo hasta nuestros dias, por M. DUPIN. *Se halla en el tomo primero de estas Recitaciones, pág. 15 y siguientes.*

Introduction à l'étude du Droit romain, contenant l'histoire des sources de la jurisprudence romaine, par ÉTIENNE. Paris, 1825. 42vo.

Historia de los tres Derechos, romano, canónico y castellano, con un extracto del Código de comercio y de la lei de enjuiciamiento, por GARCÍA DE LA MADRID. Madrid, 1831. 4to.

GOTHOFPREDI manuale Juris. Lugdun. Batav. 1675. 42vo.

GRAVINÆ origines Juris civilis. Lipsiæ. 4to.

hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurrian acerca de la sucesion de los mayorazgos, debian sustanciarse en las chancillerías y audiencias; pero habia un juicio llamado *de tenuta*, que era privativo del Consejo. Cuando no se hacia oposicion al sucesor, la posesion le era trasmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la lei, conforme á la *45 de Toro*; por lo que á esta posesion se le daba el nombre de *civilísima*.

En toda la doctrina de los mayorazgos hemos hablado de su institucion, especies, etc., como de una cosa pasada, porque su desvinculacion, principiada por el decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820 y confirmada por otros posteriores, puede mirarse como un hecho irrevocable. Sin embargo merece advertirse, que la última lei que sobre tal materia ha recaído, que es la de 19 de agosto de 1841, prescribe en su primer artículo, que las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, continúe en vigor *solo en la Peninsula é Islas adyacentes*.

Estos son los puntos que nos habiamos propuesto esplanar en el presente apéndice, pues aunque los *extractos y rasgos* constituyen dos de las diferencias mas esenciales entre nuestro Derecho y el romano, quedan ya esplicados suficientemente en las notas de las páginas 234 á 236 y 252 á 262 de este tomo, y juzgamos superfluo repetir aquí lo que en ellas se ha dicho.

BIBLIOTECA

PARA EL QUE SE DEDIQUE AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

Introduccion é historia.

ARÓLAS. *Introduccion al estudio del Derecho romano.* Valencia, 1845, 8vo. may.

BACHII *historia jurisprudentiæ romanæ. Novis observationibus auxit Stockmann.* Lipsiæ, 1806. 8vo.

Principia Juris civilis tum romani tum gallici, auctore DUPIN. Parisiis, 1806-12. 3 vols. 4vo.

Compendio histórico del Derecho romano, desde Rómulo hasta nuestros dias, por M. DUPIN. *Se halla en el tomo primero de estas Recitaciones, pág. 15 y siguientes.*

Introduction à l'étude du Droit romain, contenant l'histoire des sources de la jurisprudence romaine, par ÉTIENNE. Paris, 1825. 4vo.

Historia de los tres Derechos, romano, canónico y castellano, con un extracto del Código de comercio y de la lei de enjuiciamiento, por GARCÍA DE LA MADRID. Madrid, 1831. 4to.

GOTHPREDI manuale Juris. Lugdun. Batav. 1675. 4vo.

GRAVINÆ origines Juris civilis. Lipsiæ. 4to.

HEINECCI antiquitates romanæ jurisprudentiæ. Argent. 1755. 2 vols. 8vo.

— Historia Juris civilis rom. et germ. cum observ. Ritteri, et Silderradii historia Jur. gallicani. Argentorati, 1765. 12vo.

HOFFMANNI historia Juris romano-justiniani. Lipsiæ, 1734. 2 vols. 4to.

Histoire du Droit romain par Hugo. Paris, 1821-22. 2 vols. 8vo.

De origine et progressu Juris civilis romani auctores et fragmenta collegit LEEVIUS. Lugd. Bat. 1671. 8vo.

Elementos de la historia del Derecho romano, por MALDONADO. Madrid, 1827. 8vo.

Compendio histórico de la legislación romana, dividido en seis épocas, con un apéndice á la segunda que contiene la versión española de las Doce Tablas, por PALANCA Y GUTIÉRREZ. Valencia, 1840. 8vo.

Histoire de la jurisprudence romaine, par TERRASSON. Paris, 1750. fol.

Derecho romano antes de Justiniano.

Anton. AUGUSTINUS de legibus et senatusconsultis, cum notis Fulvii Ursinii. Romæ, 1583. 4to.

Commentaires sur la loi des XII Tables, par BOUCHAUD. Paris, 1803. 2 vols. 4to.

FUNCHI leges XII Tabularum. Rintelii, 1744. 4to.

GOTHOFREDI codex theodosianus. Lugd. 1665. 6 vols. fol.

HEINECCI ad legem juliam et papiam poppæam commentarius. Amstelod. 1731. 4to.

Jus civile antejustinianeum, codicum et optimarum editionum ope à societate jurisconsultorum curatum: præfatus est et indicem editionum adjecit G. HUGO, Berolini, 1815. 2 vols. 8vo.

Leges novellæ V anecdotæ Theodosii junioris et Valentiniani tertii. Romæ, 1767. fol.

Jurisprudentia vetus antejustinianeæ, ex recens. Ant. SCHULTINGII. Lipsiæ, 1737. 4to.

Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine, ou collection des fragments qui nous restent du droit romain antérieur à Justinien, trad. en français par Tissot et par Daubenton. Metz, 1811. 4to.

GAYO. La Instituta traducida al castellano con notas. Madrid, 1845. 8vo. may.

Derecho de Justiniano con sus comentadores, esplanadores y compendiadores.

Justi Henning. BOEHMERI exercitationes ad Pandectas. Hanov. et Gott. 1745-64. 6 vols. 4to.

Jo. BRUNEMANNI comment. in quinquaginta libros Pandectarum, ex recensione Stryckii. Colon. Allobr. 1772. 2 vols. fol.

— Commentarius in Codicem. Colon. Allobr. 1775. 2 vols. fol.

Corn. van BYNCKERSHOËCK opera omnia. Lugd. Batav. 1767. 2 vols. fol.

EN Jus civile controversum. Francofurti, 1753. 2 vol. 4to.

Jac. Cujach opera omnia, cum indice generali, novis additionibus et promptuario Dominici Albinensis. Neoli, Venet. et Mutinæ, 1758-95. 13 vols. fol.

Institutes de Justinien, nouvellement expliquées par DUCAURROY. Paris, 1836. 3 vols. 8vo.

La jurisprudence du Code, du Digeste et des Nouvelles, par FERRIÈRE. Paris, 1688. 6 vols. 4to.

La clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique du corps de Droit, par FIEFFÉ LACROIX. Metz, 1809. 2 vols.

HEINECCHII opera ad universam jurisprudentiam, philosophiam etc. pertinentia. Genevæ, 1774. 9 vols. 4to.

Ulr. HUBERI prælectiones Juris civilis. Francofurti, 1649. 3 vols. 4to.

JUSTINIANI imperatoris corpus Juris civilis, cum notis D. Gothofredi et varior. Amstel. Elzev. 1663. 2 vols. fol.

— Institutionum, sive elementorum Juris libri quatuor, cum notis Vinnii. Lut. Paris. 1808. 2 vol. 4vo.

LAUTERBACHII collegium theoreico-practieum ad Pandectas. Tubingæ, 1784. 3 vols. 4to.

LEYSERI meditationes ad Pandectas. Guelphelyti, 1741. 12 vols. 4to.

MACKELDEY. Elementos del Derecho romano, que contienen la teoría de la Instituta. Madrid, 1845. 8vo. may.

MAGRI elucidationes ad quatuor libros Institutionum Justiniani. Mexici, 1787-8. 4 vols. 4to.

Greg. MAJANSII disputationes Juris. Lugd. Batav. 1752. 2 vols. 4to.

G. MEERMANNINOVUS thesaurus Juris. Hagæ Comit. 1751. 8 vols. fol.

MERILLII commentarius ad Instituta. Traj. ad Rhen. 1739. 4to.

Ger. NOODT. opera omnia juridica. Neapoli, 1786. 4 vols. 4to.

ORTOLAN. Explicacion histórica de las Instituciones del emperador Justiniano. Madrid, 1847. 8vo may.

Ev. OTTONIS thesaurus Juris romani. Traj. 1733. 5 vols. fol.

PERREAU. Exámen sobre los elementos del Derecho romano segun el órden de las *Instituciones* de Justiniano. Valencia, 1836. 2 vols. 8vo.

PITHÆORUM observationes ad Codicem et Novellas Justiniani. Parisiis, 1689 fol.

Pandectæ justinianæ in novum ordinem digestæ à POTHIER. Lugduni, 1782. 3 vols. fol.

SAVIGNY. Tratado de la posesion segun los principios del Derecho romano. Madrid, 1845. 8vo may.

Georg. Adami STRUVII syntagma jurisprudentiæ, secundum ordinem Pandectarum, cum addit. Mulleri. Jenæ, 1682-84. 2 vols. 4to.

S. STRYCKII opera præstantiora. Halæ Magd. 1646. 4 vols. fol.

Dictionnaire du Digeste, ou substance des Pandectes justiniennes, par THÉVENOT DESSAULES. Paris, 1809. 2 vols. 4to. may.

VINNII Institutionum imperialium commentarius. Lugduni, 1767. 2 vols. 4to.

VOËT commentarius ad Pandectas. Traj. ad Rhen. 1793. 2 vols. fol.

Derecho romano despues de Justiniano, y el de los godos, visigodos, etc.

P. Fr. ARPI themis cimbrica, sive de cimbrorum et micinarum gentium antiquiss. institutis commentarius. Hamburgi, 1737. 4to.

Capitularia regum francorum, collegit BALUCIUS. Parisiis, 1780. 2 vols. fol.

Basilicon libri LX, edente Fabroto, cum supplemento. Parisiis, 1647 et Lugd. Bat. 1765. 8 vols. fol.

Compilation chronologique des ordonnances des rois de France, par G. BLANCHARD. Paris, 1715. 2 vols. fol.

Juris orient. libri tres, ab Enimundo BONEFIDIO digesti, ac notis illustrati, gr. et lat. Parisiis, 1573. 8vo.

Barbarorum leges antiquæ, collegit P. CANGIANI. Venetiis, 1781. 5 vols. fol.

J. G. ECCARDI leges francorum salicæ. Franc. 1720. fol.

Fuero Juzgo; en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la real Academia española. Madrid, 1815. fol.

P. KOFOD ANCHER farrago legum antiquarum Daniæ Vnicipalium. Hafniæ, 1776, 4to.

LEUNCLAVII Jus græco-romanum. Francof. 1596. fol.
Lex cimbrica, antiqua lingua danica, variis lectionibus et versione latina illustrata, auctore P. Kofod Ancher. Hafniæ, 1783. 4to.

LINDENBROGII codex legum antiquarum. Francofurti, 1613. fol.

SAVIGNY. Histoire du Droit romain au moyen âge, trad. par Guenoux. Paris, 1830. 2 vols. 8vo.

Alfonsi à VILLADIEGO Forus antiquus regum gothorum Hispaniæ. Matriti, 1600. fol.

WENDELINI leges salicæ. Antwerp. 1649. fol.

Derecho romano aplicado al Derecho español.

Digesto teórico-práctico, ó recopilacion de los Derechos comun, real y canónico por los libros y títulos del Digesto, por RODRÍGUEZ DE FONSECA. Madrid, 1775. 18 vols. fol.

SALA institutiones romano-hispanæ. Matriti, 1830. 2 vols. 4to.

— Digestum romano hispanum. Matriti, 1824. 2 vols. 4to.

FIN DEL SEGUNDO Y ÚLTIMO TOMO.

ÍNDICE

DEL

TOMO SEGUNDO.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

	Pág.
Tít. XV. De la sustitucion vulgar.	4
Tít. XVI. De la sustitucion pupilar.	5
Tít. XVII. De qué modos se invalidan los testamentos.	9
Tít. XVIII. Del testamento inoficioso.	15
Tít. XIX. De la cualidad y diferencia de los herederos.	19
Tít. XX. De los legados.	28
Tít. XXI. Modo de quitar y trasferir los legados.	30
Tít. XXII. De la lei falcidia.	55
Tít. XXIII. De las herencias fideicomisarias, y del senadoconsulto trebeliano.	61
Tít. XXIV. De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.	71
Tít. XXV. De los codicilos.	73

LIBRO TERCERO.

Tít. I. Hasta el XIII.	
De la antigua sncesion abintestato.	78
De la sucesion abintestato segun la Nov. 118.	79
De la sucesion de los descendientes.	80
De la sucesion de los ascendientes.	85

J. G. ECCARDI leges francorum salicæ. Franc. 1720. fol.

Fuero Juzgo; en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la real Academia española. Madrid, 1815. fol.

P. KOFOD ANCHER farrago legum antiquarum Daniæ Vnnicipalium. Hafniæ, 1776, 4to.

LEUNCLAVII Jus græco-romanum. Francof. 1596. fol.
Lex cimbrica, antiqua lingua danica, variis lectionibus et versione latina illustrata, auctore P. Kofod Ancher. Hafniæ, 1783. 4to.

LINDENBROGII codex legum antiquarum. Francofurti, 1613. fol.

SAVIGNY. Histoire du Droit romain au moyen âge, trad. par Guenoux. Paris, 1830. 2 vols. 8vo.

Alfonsi à VILLADIEGO FORUS antiquus regum gothorum Hispaniæ. Matriti, 1600. fol.

WENDELINI leges salicæ. Antwerp. 1649. fol.

Derecho romano aplicado al Derecho español.

Digesto teórico-práctico, ó recopilacion de los Derechos comun, real y canónico por los libros y titulos del Digesto, por RODRÍGUEZ DE FONSECA. Madrid, 1775. 18 vols. fol.

SALA institutiones romano-hispanæ. Matriti, 1830. 2 vols. 4to.

— Digestum romano hispanum. Matriti, 1824. 2 vols. 4to.

FIN DEL SEGUNDO Y ÚLTIMO TOMO.

ÍNDICE

DEL

TOMO SEGUNDO.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

	Pág.
Tít. XV. De la sustitucion vulgar.	4
Tít. XVI. De la sustitucion pupilar.	5
Tít. XVII. De qué modos se invalidan los testamentos.	9
Tít. XVIII. Del testamento inoficioso.	15
Tít. XIX. De la cualidad y diferencia de los herederos.	19
Tít. XX. De los legados.	28
Tít. XXI. Modo de quitar y trasferir los legados.	30
Tít. XXII. De la lei falcidia.	55
Tít. XXIII. De las herencias fiducias, y del senadoconsulto trebeliano.	61
Tít. XXIV. De las cosas singulares dejadas por fiducias.	71
Tít. XXV. De los codicilos.	73

LIBRO TERCERO.

Tít. I. Hasta el XIII.	
De la antigua sucesion abintestato.	78
De la sucesion abintestato segun la Nov. 118.	79
De la sucesion de los descendientes.	80
De la sucesion de los ascendientes.	85

De la sucesion de los colaterales.	88
De la sucesion de los cónyuges.	90
De la sucesion del fisco.	91
Tít. XIV. De las obligaciones.	93
Tít. XV. De qué modos se contrae obligacion por la cosa.	108

Apéndice sacado de las *Antigüedades romanas* de Heineccio.

Tít. I. De las herencias abintestato	125
Tít. II. De la legitima sucesion de los agnados.	132
Tít. III. Del senadoconsulto tertuliano.	138
Tít. IV. Del senadoconsulto orficiano.	143
Tít. V. De la sucesion de los cognados	146
Tít. VI. De los grados de las cognaciones.	148
Tít. VII. De la cognacion servil.	153
Tít. VIII. De la sucesion de los libertos.	154
Tít. IX. De la asignacion de los libertos.	161
Tít. X. De las posesiones de bienes.	163
Tít. XI. De la adquisicion por abrogacion.	173
Tít. XII. De aquel á quien se adjudican los bienes por causa de libertad.	175
Tít. XIII. Abolicion de las sucesiones que se verificaban por la venta de bienes y por el senadoconsulto Claudiano.	177
Tít. XVI. De las obligaciones verbales.	178
Tít. XVII. De lo que sucede, cuando hai dos reos de estipular y prometer.	186
Tít. XVIII. De las estipulaciones de los esclavos.	189
Tít. XIX. De la division de las estipulaciones.	190
Tít. XX. De las estipulaciones inútiles.	195
Tít. XXI. De los fiadores.	201
Tít. XXII. De las obligaciones literales.	210
Tít. XXIII. De las obligaciones que nacen del consentimiento.	246
Tít. XXIV. De la compra y venta.	218
Tít. XXV. De la locacion y conduccion.	233
Del contrato de enfiteusis.	243

Tít. XXVI. De la sociedad	253
Tít. XXVII. Del mandato.	270
Tít. XXVIII. De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos.	278
Tít. XXIX. Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion.	290
Tít. XXX. De qué modos se estingue la obligacion.	291

LIBRO CUARTO.

Tít. I. De las obligaciones que nacen del delito.	304
Tít. II. De los bienes robados con violencia.	318
Tít. III. De la lei aquilia.	321
Tít. IV. De las injurias.	326
Tít. V. De las obligaciones que nacen del cuasi delito.	332
Tít. VI. De las acciones	339
Tít. VII. De los que negocian con los que están bajo de potestad ajena.	372
Tít. VIII. De las acciones noxales.	381
Tít. IX. De los menoscabos causados por las bestias.	383
Tít. X. De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio.	385
Tít. XI. De las cauciones.	389
Tít. XII. De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.	392
Tít. XIII. De las excepciones	397
Tít. XIV. De las réplicas.	400
Tít. XV. De los interdictos.	401
Tít. XVI. De la pena de los litigantes temeraria.	407
Tít. XVII. Del oficio del juez.	409
Tít. XVIII. De los juicios públicos.	414

APÉNDICE PRIMERO.

Modo de conciliar el Derecho romano en caso de una contradiccion entre sus diferentes partes.	426
Idea de la posesion y de su naturaleza en el Derecho romano.	428

APÉNDICE SEGUNDO.

Origen, progresos é influencia que ha tenido el Derecho romano en la legislacion española. 441

Las principales materias en que el Derecho español no concuerda con el romano. 478

Biblioteca para el que se dedique al estudio del Derecho romano. 498

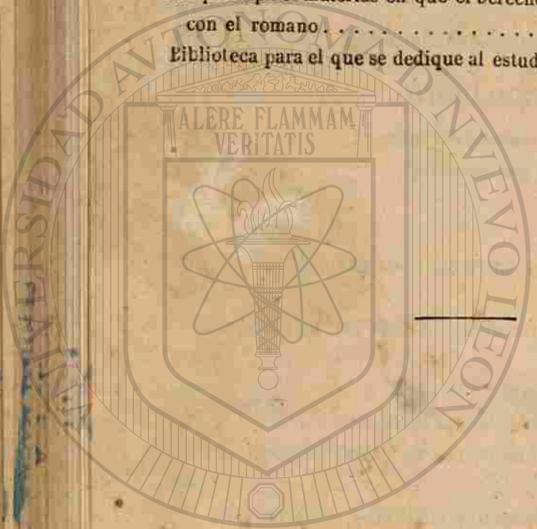


FIG. 1

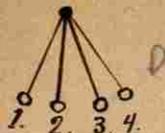


FIG. 2.

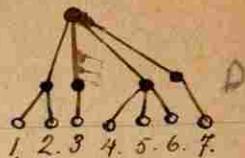


FIG. 5.

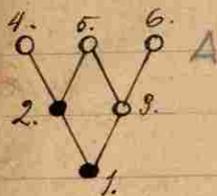


FIG. 6.

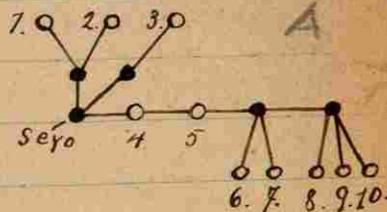


FIG. 9.

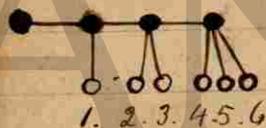


FIG. 10.

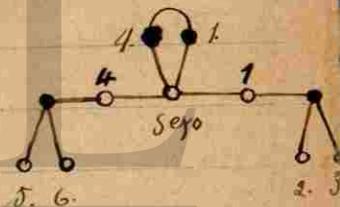
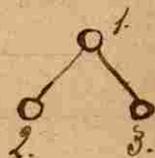
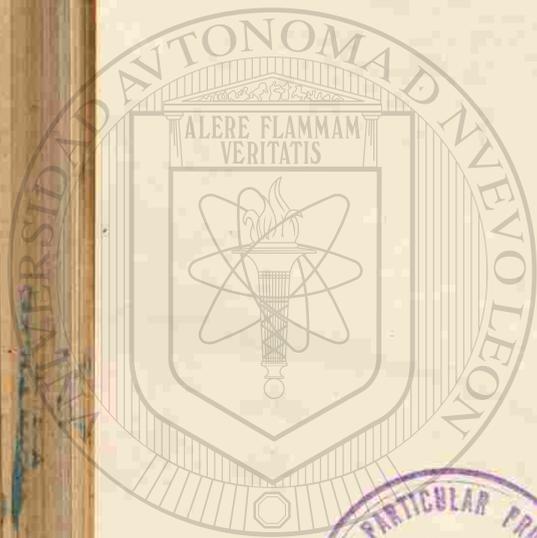


FIG. 12.





UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





NUEV
IOTEC