

puramente penal y está en buena fe y es difícil que se persuada de lo contrario ó se decida á dejar aquel género de industria, creo debería dejársele en su buena fe, tratándose de una cosa que no es intrínsecamente mala (Frassin, *T. M.*, not. 77; Scav., II, 573).

8.^a Aunque en un préstamo se haya convenido devolver el dinero en moneda metálica, sin embargo, esta condición no obliga desde el momento que la ley civil puso en curso forzoso el papel moneda (*nota bene*), á menos que en el contrato se hubiese expresamente previsto el caso de tal ley, y se hubiese excluído cualquier otro modo de restitución que no fuese moneda metálica, ó expresado otras especiales circunstancias, porque entonces una ley general no entiende abrogar pactos específicos, que no están comprendidos en las derogaciones generales, como también resulta de una respuesta de la Santa Penitenciaría de 21 de Enero de 1873 (Scav., II, 574-6; Véase Cód. Esp., 1170). Así del mismo modo, el que ha recibido á préstamo cien monedas de oro de veinte pesetas, aunque una nueva ley hubiese dado á dichas monedas el valor de veintiuna pesetas, no está obligado á restituir las cien monedas, sino tan sólo 2.000 pesetas, cuantas eran al tiempo del préstamo, que no tiene por objeto las especies amonedadas, sino el valor por ellas representado, salvo, se entiende siempre, un pacto especial, que, como dije, no se entiende abrogado por una ley general.

§ XXXI. DIRECCIÓN RESPECTO Á LA RESTITUCIÓN

159. Principios.—I. El confesor que tiene á sus pies un penitente gravado con la obligación de restituir, tenga presente, *que* nadie puede nunca dispensar de esta obligación, excepto aquel mismo á quien pertenece la cosa tomada malamente, ó retenida, ó damnificada; *que* la obligación grave ó leve de restituir, tan sólo nace de la culpa teológica, porque esta obligación grava la conciencia, y por tanto es menester que la misma haya cometido el delito; *que* para constituir la obligación de restituir no basta la mala voluntad de querer hacer daño, sino que es necesario el acto externo completo

contra la justicia commutativa (S. A., IV, 550-1); *que* la culpa leve, aunque reporte daño grave, nunca, por sí misma, implica obligación alguna de restituir, no grave, porque no guarda proporción con la culpa leve, ni leve, porque no guarda proporción con el daño grave, como dice S. A., IV, 552, *ex sent. probabiliori et communiori*, y prácticamente segura (*v. Lug. de just. d. 8, n. 57, 60*); *que* no se debe admitir obligación de restituir si no es cierta, porque *in dubio melior est conditio possidentis*; *que* el confesor igualmente ha de ser cauto en obligar al penitente á la restitución, como en absolverle de ella, porque la justicia commutativa es igual para todos (S. A., *H. A.*, X, 85; Giord., II, 250); *que* cuando se prevé que el penitente no ha de atemperarse al aviso de restituir, se debe omitir, porque es mejor evitar su mal espiritual, dejándole en su buena fe, que el temporal de su acreedor (S. A., 614, *Inf. II*); *que* no pudiéndose restituir en aquel género en que se cometió la injusticia, no hay obligación de restituir en otro género, como de compensar con dinero el homicidio (á excepción de los daños reales), porque no hay igualdad entre dos órdenes de bienes diferentes, aun que alguna vez sea conveniente mandar al penitente dar algo al ofendido, por equidad y á título de penitencia (S. A., IV, 627; D'Ann., II, 246).

II. No puede absolverse al que pudiendo, ó no quiere restituir, ó no quiere más que á su muerte, ó por medio de los herederos, porque siendo el precepto de restitución esencialmente negativo, obliga siempre y en cada momento, y por esto tan pronto como se pueda; ó no quiere restituir más que en parte, porque la obligación es *una eademque*; ó no restituir antes de la absolución, porque siendo la restitución cosa muy difícil de hacer, la experiencia prueba que después de la absolución, las más de las veces no se hace, especialmente si el penitente fué ya absuelto otra vez sobre una sencilla promesa (Gur., I, 627).

III. Pero puede ser absuelto, aun antes de restituir el deudor, *cuando*, confesándose por primera vez de su deuda, del conjunto de su confesión se puede prudentemente deducir que quiere sinceramente restituir lo más pronto y en

el mejor modo que pueda; *cuando*, aunque sea por segunda ó por tercera vez, por una parte no se puede hacer pronto la restitución, y por otra parte concurren tales circunstancias que es preciso contentarse tan sólo con el propósito (S. A., IV, 682; Scav., II, 626).

IV. Es cierto *que* los cooperadores al daño ajeno están obligados á restituir *in solidum*, esto es, por entero, á falta de los demás, cuando la cosa perjudicada es moralmente indivisible, como sería el incendio de una casa; *que* cuando es moralmente divisible, el agente principal queda obligado á satisfacerlo todo, y los cooperadores tan sólo la parte que les corresponda, aunque hubiesen perjudicado de común acuerdo; *que*, empero, en la práctica, raramente, dice S. Alf., IV, 599; H. A., X, 54, conviene apremiar á las personas ignorantes á la restitución *in solidum* (aunque estuvieran obligadas á ello), porque difícilmente se persuaden de esta obligación; hará lo bastante el confesor con exhortarles á restituir lo que deben, sin fijarles la cantidad, sino dejándola á lo que les indique su conciencia.

V. En cuanto á las personas á quienes se debe restituir, téngase presente, *que* cuando son ciertas y determinadas, la restitución no se puede convertir en limosnas, ni con ella se pueden celebrar misas, sino que debe restituirse directamente á aquéllas, porque *res clamat domino*; *que* para las cosas inciertas adquiridas de mala fe, cuando en algún modo son conocidos aquellos á quienes pertenecen, como cuando se sabe que se han quitado á tres ó cuatro personas, la restitución se debe dividir entre las mismas á proporción de la duda; pero cuando no son conocidas ni se puede tener noticia de ellas, entonces hágase la restitución á los pobres ó bien á los institutos piadosos; *que* en cuanto á las cosas adquiridas sin pecado, como un objeto hallado, el poseedor (hechas las debidas averiguaciones), puede retenerlas sin empacho, y no está obligado á darlas á los pobres, pues en tal caso el dominio ha pasado al mismo sin más; sentencia segura en la práctica, aunque no poco discutida en teoría (1).

(1) S. Th., 2, 2, q. 66, a. 5 ad 2; S. A., IV, 603, donde la llama *sentencia verior et sequenda*; Giord., I, 257.

VI. Observe el confesor, *que* si la obligación de restituir proviene de mala fe, el poseedor está obligado á restituir, no sólo el objeto robado ó malamente adquirido si todavía lo posee, ó en caso contrario su valor equivalente, sino además, todos los frutos naturales, civiles y mixtos; ó sea, está obligado á resarcir el daño emergente y el lucro cesante, aunque ignorase estos daños, previstos no obstante confusamente; deduciendo, empero, los gastos hechos para utilidad de la cosa hasta entonces retenida injustamente (1); *que* si en caso contrario la cosa ha sido poseída hasta entonces de buena fe, el poseedor está obligado á restituir la cosa misma en el estado en que se encuentra (y no más), y todo lo que ha obtenido de utilidad (*in quo ditior factus est*), con tal que esto esté en su poder; advirtiéndole, no obstante, que en la práctica no está obligado á tal restitución, cuando duda prudentemente ó que la cosa poseída sea suya, aunque tenga poderosas razones en contra, ó cuando no haya sacado de ella ningún provecho, ó cuando no haya cooperado al perjuicio de otro, pues que la sola posesión, aun sin otro título, da un derecho cierto, que no puede ser destruído por una simple duda por fundada que sea. (S. A. I, 35-6, IV, 607-706; Scav. II, 589).

VII. He aquí los motivos que á veces quitan ó suspenden al menos la obligación de restituir. La *imposibilidad* no solamente física, sino también moral, que se presenta *cuando no se puede restituir sin una gran dificultad ó sea sin un grave daño*, con tal que con esto no se ocasione al acreedor un daño igual. (S. A. IV, 968, 702-3; Scav., II, 630). La *condonación* del dueño libremente expresada ó razonablemente supuesta; en cuyo caso advierta, no obstante, el confesor, que no debe ser muy condescendiente en admitir esta condonación supuesta, que ciertos penitentes dan á entender, ni en rechazarla absolutamente; en esto conviene proceder con cautela. (S. A. IV, 700, qu. 1; Lug. *just. d.* 21, n. 49-53). La *compensación* no sólo legal, que consiste en ser dos personas

(1) S. A., IV, 618. Nótese que ni el poseedor de buena fe, ni el de mala, están obligados á restituir los frutos industriales, porque la industria es causa personal (S. A., IV, 825).

deudoras la una de la otra, por lo que dos deudas se extinguen, aunque sin saberlo, sino privada ú oculta, que consiste en tomar del deudor, aunque no lo sepa, cuanto se necesite para pagar la deuda, *con tal que* (nota bene) la deuda sea cierta y de estricta justicia, la cosa sea verdaderamente del deudor, no haya peligro que tenga que pagar dos veces, se pueda hacer sin daño de tercero, y, si es posible, hágase sabedor de tal compensación al deudor para que no viva en conciencia errónea (v. S. A. IV, 521; Croix, III, 1, 961-9). La *cesión de los bienes* sea legal ó voluntaria, quedando, no obstante, para el deudor, la obligación de satisfacer enteramente á su acreedor, cuando pueda hacerlo; pero pudiendo, por derecho natural, sustraer de la deuda cuanto sea necesario para su sustento y el de su familia (1). El *daño grave* que la restitución puede originar al acreedor mismo, al público ó á un tercero, excepto que, negándose á pagar la deuda, pueda sobrevenir un mal mayor (S. A., IV, 700). La *composición pontificia* por la cual el Papa concede que una parte de la deuda se emplee en obras piadosas y condona la otra al deudor; mas para que sea lícita y válida se requiere que las *deudas sean inciertas*, esto es, que verdaderamente no se pueda conocer al acreedor, que haya *causa justa* para hacerla, en caso contrario sería ilícita tratándose de bienes eclesiásticos, é inválida tratándose de bienes laicos (S. A., IV, 591).

VIII. Para juzgar de la imposibilidad moral, poco ha notada y que frecuentemente se aduce para dispensarse de la restitución, resumiendo lo que dicen los teólogos, ténganse presentes los siguientes axiomas: *Axioma primero*. Nadie está obligado á restituir si por ello le sobreviene un daño mayor que el bien (*commodum*) que de la restitución puede seguirse al acreedor. *Axioma segundo*. Siempre que haya motivo razonable para que el acreedor deba estar conforme con que se difiera la restitución, se puede con derecho diferir, aunque el acreedor estuviese descontento por ello (Reiffenst. *Th. M.*, tr. IX, d. 5, q. 6). De los cuales se siguen las siguientes nor-

(1) S. A., IV, 699. Para la cesión de bienes véase el Cód. Civ. Esp., a. 1175.

mas prácticas: *Primera*. Si restituyendo, el deudor debe caer en necesidad extrema, no está obligado aunque el acreedor estuviese para caer en la misma necesidad, y aunque la cosa exista en su primitivo estado, excepto (advíertase bien) que el acreedor cayese en tal necesidad por la privación de aquella cosa (S. A., IV, 701). *Segunda*. Si sólo el deudor está en necesidad grave, puede diferir la restitución, aunque la deba por delito (S. A., IV, 702). *Tercera*. Si solo el acreedor está en necesidad grave, el deudor debe restituir, aunque hubiese de caer en igual necesidad, y aunque la deuda proviniese de contrato, porque en igual necesidad grave, debe preferirse el acreedor (S. A., IV, 703). *Cuarta*. Si ambos se encuentran ya en necesidad grave, más probablemente no está obligado á restituir, porque, restituyendo, el deudor caería en necesidad extrema ó al menos se le reportaría un daño gravísimo (S. A., l. c.), y por tanto en la práctica no se le puede obligar á restituir. *Necesidad extrema* es la de quien se encuentra en tales condiciones, que, á no venir pronto socorro, correría peligro de perder la vida. *Necesidad grave* es la de quien, no siendo asistido, correría peligro de caer en grave daño ó enfermedad. *Necesidad común* es la de quien vive con dificultad y con gran trabajo.

160. Conclusiones.—1.^a El confesor que tiene á sus pies un penitente que ha incurrido en pecado de hurto, se dará cuenta de las especies y número de los pecados cometidos al ejecutar el robo. En cuanto á la retención injusta, conténtese con saber el tiempo que hace que la retiene, preguntándole, además, si se ha confesado de esto otras veces, y si prometió restituir, y por qué no lo hizo. No le moleste en demasía acerca de la interrupción ó renovación de la voluntad de retener la cosa robada, á menos que se hubiese alguna vez retractado positivamente de ella.

2.^a Cuando el penitente alegue la imposibilidad de restituir, el confesor, como hombre sabio y prudente, considere que muchas veces tal imposibilidad es imaginaria ó por lo menos exagerada; y estos sujetos van de uno á otro confesor, prometen á todos y á ninguno cumplen la palabra. A quien os diga que no puede, averiguad si es cierto que no

puede; preguntadle cuánto gana cada día, lo que gasta para su sustento necesario y para el de su familia, y tal vez encontraréis que, deducidos los gastos moralmente necesarios, queda un sobrante suficiente para poder restituir, por lo menos en parte, sin decaer de su justo estado, ni vender la cama; suprimanse solamente los gastos inútiles y superfluos y aun más los pecaminosos. Por lo demás está dispensado por algún tiempo quien corriese peligro ó de la salud propia ó de los suyos, como por ejemplo, si se prostitua, ó de la vida ó de un notable daño en su fama; quien debiese sufrir un daño que exceda del duplo del valor de la cosa ajena; quien hubiera de decaer de posición honestamente adquirida (pero no si fuese injustamente), aunque por sus extravíos haya caído en la imposibilidad; quien, v. gr., un abogado, perdiese su crédito manifestando la falsedad del documento extendido; ó, como un noble, que hubiese de privarse de su servidumbre, de sus caballos ó de cosa semejante; quien, siendo de condición civil, tuviese que ejercitarse en un arte mecánico; quien se viese obligado á vender los instrumentos con los cuales se gana la vida; quien debiese caer de su posición malamente adquirida, mas públicamente creída honesta y adquirida por vías legítimas (v. S. A., IV, 701-3; Reiffenst., l. c., n. 107; Gur., Cas. I, 594-8).

3.^a Quien defraudó, con pequeños hurtos, al público, vendiendo ó comprando, puede satisfacer en la práctica compensando á los compradores dándoles más, vendiendo á menor precio hasta que haya restituido todo lo defraudado ó dando limosna á los pobres de aquella localidad (S. A., IV, 595, Giord., I; 257).

4.^a Cuando el deudor no tiene lo suficiente para restituir á todos sus acreedores todo lo que debe, y cuando alguno de éstos son conocidos, no siéndolo otros, entonces en la práctica (séase lo que se quiera en teoría de las diversas opiniones) puede restituir proporcionalmente á los acreedores conocidos, y á los desconocidos en la persona de los pobres, pues que éstos ocupan naturalmente el puesto de los acreedores inciertos, de quienes representan el derecho. Así también cuando tiene deudas, parte por bienes mal ad-

quiridos (*ex delicto*) y parte por contrato, en la imposibilidad de satisfacer á todos, puede seguramente pagar proporcionalmente (S. A., V, 687-8).

5.^a El deudor que, olvidado de su deuda, da alguna cosa á su acreedor en concepto de regalo, considéresele en la práctica haber satisfecho la deuda, y por lo tanto estar libre de ulterior obligación sobre el particular, porque de una parte es absolutamente contrario á toda probable presunción que quiera hacer un acto de liberalidad antes de satisfacer á la justicia, y por otra, de hecho, ha dado al acreedor aquello que le pertenecía. Y no se diga que, siendo esto controvertido, no se puede satisfacer á una deuda cierta con una satisfacción incierta controvertida precisamente en este concepto, ya que se responde que el hecho de la solución del valor debido es cierto; solamente se discute si en aquel caso el valor dado se puede considerar como satisfacción de la deuda olvidada, ó no; controversia puramente de derecho, á pesar de lo cual se puede obrar rectamente, conforme á los principios establecidos. (S. A., IV, 700, q. 2.^o).

6.^a En cuanto á encargarse de hacer la restitución por el penitente, el confesor proceda con mucha cautela, y aténgase á las siguientes reglas para que no se sospeche de su integridad. Ante todo, no se ofrezca él mismo á hacer la restitución por el penitente; por el contrario, aun rogado, resístase todo lo posible. En segundo lugar, en cuanto á las restituciones indeterminadas, por ejemplo, las que han de hacerse á los pobres, no lo acepte nunca, nunca, sino deje que la hagan ellos por sí mismos. En cuanto á las restituciones determinadas, podrá encargarse sólo en los casos de necesidad para que el penitente no sea descubierto, pero exigiendo del acreedor, á quien la hace, un recibo, que debe entregar á aquél, para quitarle, en todo caso, la inquietud por la incertidumbre que pueda experimentar de haber sido ó no hecha la restitución. Pero guárdese de reservarse para sí cosa alguna, si no quiere perder el crédito, y recuerde que S. Carlos (*Avv. ai conf.*, n. 55) le avisa que, aplicando la penitencia de hacer decir misas, no las tome directa ó indirectamente para

sí, ni para su iglesia ó monasterio, sino que proceda en todo de manera que evite toda sombra de avaricia.

161. Dudas.—1.^a ¿Cómo conducirse con el penitente que haya defraudado en materia de públicos tributos? Advirtamos algunas cosas y distingamos lo cierto de lo incierto. *Primero*, por tributo en general entiendo aquí toda especie de contribución debida de un modo ó de otro al erario público. *Segundo*, prescindiendo de otras divisiones secundarias, los tributos se distinguen principalmente en *directos*, que gravan inmediatamente á los bienes determinados de cualquier persona; é *indirectos*, que gravan inmediatamente á ciertas mercancías ó cosas en general, y mediatamente á las personas que las tienen, transportan ó venden. A los tributos directos pertenecen las tasas sobre la profesión, las mercancías, el ejercicio de las artes y oficios, sobre los bienes muebles, las ventanas y las puertas, la tasa de familia y cosas semejantes; á los tributos indirectos pertenecen las aduanas, el impuesto de consumos, de manos muertas, el papel sellado, los certificados de contrato, las tasas de sucesión, las de los carruajes, criados, caballos, libreas, títulos honoríficos, invenciones, minas y tesoros encontrados, por la marca del oro y de la plata, por las pensiones sobre el gobierno, por las ganancias á la lotería y cosas semejantes. *Tercero*, las condiciones para hacer legítimo un tributo son tres: justicia del motivo, esto es, la necesidad moral del bien común; proporción equitativa del tributo con la necesidad existente, esto es, que no se grave al pueblo más de lo que es de necesidad; justa repartición, es decir, que cada uno sea gravado á proporción de lo que puede (S. A., IV, 615, *qu.* 2). *Cuarto*, es cierto que no hay obligación de conciencia de pagar los tributos verdaderamente injustos ó por falta de autoridad, como los impuestos civiles sobre los bienes eclesiásticos, ó por falta de necesidad, como si fuesen impuestos por una guerra injusta, ó por falta de distribución, como si uno en un caso igual fuese gravado más que otro; y ni aun en la sola duda, negativa ó positiva, de su justicia, porque en la duda pertenece al magistrado probar la justicia, como toca al que exige lo de otro, no teniendo

nadie obligación de sufrir perjuicio si á ello no está obligado justamente (S. A., IV, 617, con la com.); es cierto que el poder supremo tiene derecho á imponer justos tributos, porque tiene derecho á los medios para dirigir la sociedad á su fin y proveer á su recta dirección; es cierto que pecan más ó menos gravemente contra la justicia los exatores de los tributos si no cuidan de la recaudación (excepto en algún caso cuando se trata de los pobres), y mucho más si se dejan corromper, y aquellos que los corrompen con medios injustos, por ejemplo, con regalos, promesas, amenazas y cosas semejantes, puesto que estando obligados á ello por justicia, los unos y los otros la violan (Gur., I, 745); es cierto prácticamente, hasta por disposición del derecho común, que no hay obligación de conciencia de pagar tributo de lo que se lleva para uso propio y de la familia, á menos que alguna vez fuese impuesto por alguna urgentísima necesidad (S. A., 616, *q.* 4; Scav., II, 733); es cierto, hasta para quien admite ser obligatorio en conciencia, el pago de los tributos, que quien necesita sustentarse á sí y á su familia con su propia industria, no está en conciencia obligado á tales tributos, como dicta el derecho natural (S. A., *l. c.*; Scav., *l. c.*; Croix, III, 2, 274); es cierto que quien tuviese un crédito contra el Gobierno y no pudiese hacerse pagar, puede compensarse no pagando los tributos (S. A., IV, 617, *qu.* 6); es cierto también prácticamente que, al menos por la costumbre universal, no hay obligación de manifestar por sí los géneros sujetos al pago de tributo (S. A., IV, 616; Scav., II, 604; Gur., I, 742); es cierto que aun los contrabandistas, que pasan géneros de contrabando, como tabaco, no están obligados á restituir, porque no violan los derechos particulares de nadie, ni pecan contra la justicia conmutativa, porque la ley por estos fraudes obliga solamente á la pena, así es que á lo más pecan contra la obediencia al magistrado (Croix, III, 2, 275; Scav., II, 741; Gur., I, 744); es cierto prácticamente que no está obligado á restitución quien compra á contrabandistas, porque el tributo grava más á la persona que á la misma mercancía, que queda simplemente empeñada como hipoteca para obte-

ner lo correspondiente de aquella persona que las pasa; excepto, no obstante, el caso en que el comprador cooperase positivamente al fraude induciendo, ayudando, transportando las mercancías y cosas semejantes (S. A., IV, 617, *qu.* 7; Scav., II, 740; Croix, *l. c.*, 276); es cierto que no se puede condenar de pecado á los conductores de las mercancías de contrabando, con tal que no acarreen daños en los lugares por donde pasen ocultamente, ni corrompan á los ministros de los tributos, ni estén dispuestos á resistir á las autoridades que deben exigir los tributos (Scav., II, 741). *Quinto*, sentado lo arriba dicho como moralmente cierto, vamos á considerar ahora si hay obligación de pagar los tributos justos, de manera que quien los eluda peque ó esté obligado á restituir; ó bien si éstos obligan solamente á pagar, en todo caso, la pena ó la multa. Sin pretender decidir la controversia, el confesor advierta *que* esta obligación de conciencia, siendo cuando menos incierta prácticamente por estar en controversia, no se puede imponer como cierta; *que* en la práctica, antes del hecho, se debe persuadir á todos á que paguen los tributos, sin entrar en distinciones de justo é injusto; pero después del hecho, si el penitente está en buena fe, se le debe dejar tranquilo y no se puede en conciencia obligarle á restituir; *que* no hay obligación de preguntar á los penitentes si han defraudado ó no los tributos, tanto porque esto está fuera de costumbre, como porque la obligación en sí es incierta, y por tanto, el interrogarles supondría una obligación cierta (1). *Sexto*, de todo esto se sigue que no peca, gravemente al menos, quien, comprado un inmueble, declara en el contrato un precio menor para pagar un tributo menor (Gur., *Cas.*, I, 754-5); ni quien declara que una herencia es menor de lo que es en realidad, y esto es así hasta para aquellos que sostienen que los tributos obligan aún antes de sentencia (*v.* Scav., II, 742); ni mucho menos quien defrauda ciertos impuestos muy indirectos, como en los sellos

(1) Ved. S. A., IV, 646; Lug., *l. c.*, d. 36. n. 43; Scav. II, 604; *v. Quid- quid sit*; Gur., II, 738 et *Cas.*, I, 751 et 753; Rouselot ap. Gur. II, 742; Ball., ad. Gur., I, 733-745 y especialmente *Not. a.*, ad 743; Berardi, *Prax.*, 476.

requeridos por la ley, el llevar cartas, y cosas semejantes; ni pecan contra la justicia los aduaneros no exigiendo las multas en que incurren los contrabandistas, porque por el gobierno están puestos para exigir los tributos y no para procurarle ganancias con las multas (Gur., *Cas.*, I, 752); ni mucho menos pecaría contra la justicia quien en juicio jurase en falso por estas clases de fraude en exclusivo daño del fisco.

2.^a ¿Cómo peca quien elude la ley del servicio militar? *Primero*, peca ciertamente contra la justicia commutativa, quien injustamente se exime de esta ley, *y solamente cuando* en su lugar ha sido puesto otro, hacia quien está obligado á restitución por los daños que le ha causado. *Segundo*, peca ciertamente contra la justicia legal, ó sea contra la obediencia debida á la potestad civil, porque las leyes de la milicia, que igualmente reparten la carga entre los ciudadanos son justas, como necesarias al bien común. *Tercero*, en el caso en que no haya sido llamado otro determinadamente, es incierto si peca contra la justicia conmutativa quien injustamente obtiene esta exención, ya con fraude, subterfugios, mutilaciones ó corrupción de los magistrados, y esto, tanto porque no está probado que esta exención sea causa injusta y eficaz del llamamiento de otro indeterminadamente, como también porque la cosa está en controversia, y por tanto, no puede obligarle de justicia (*v.* Scav. II, 646; Gur. I, 749 y las notas de Ball.). *Cuarto*, pecan gravemente contra la justicia distributiva y legal los magistrados y los médicos que exceptúan injustamente (mucho más si se dejan corromper con donativos) á los jóvenes aptos para la milicia, pero es incierto que pequen contra la justicia conmutativa, porque no pueden en esto ser más culpables que quien compra su favor. *Quinto*, estos magistrados y médicos, antes del certificado de inutilidad del joven, no deben tomar ó deben restituir la suma recibida, porque siendo el contrato injusto, no puede engendrar ninguna obligación; mas después de la sentencia pueden tomar y retener, según los principios admitidos. *Sexto*, puede muy bien emplear el dinero para eximirse de la milicia quien tiene de-

recho de ser eximido, y se le quisiere inscribir injustamente, porque es eximirse de una vejación injusta, en cuyo caso quien recibiese este dinero por hacer justicia, debería ciertamente restituirlo. *Séptimo*, de todo esto se sigue que rarísimamente, por no decir nunca, se puede obligar á restitución al que se ha hecho eximir con engaños, ó al que así le eximió, tanto por la probabilidad de la sentencia que niega esta obligación, como por la inútil manifestación de ésto, atendida la buena fe (*v. Scav.*, II, 646; *Ball. ad G.*, I, 749); que por esto no se puede obligar á ningún desertor á volver á la milicia, si bien está obligado por razón de la obediencia debida; excepto cuando encontrase graves peligros para su alma, como si no pudiese cumplir los graves deberes de religión, ó cuando debiese padecer gravísimas penas, como trabajos forzados, ó cuando la guerra fuese evidentemente injusta (*Gur.*, I, 747; *Marc.*, §73); que no peca ciertamente el que para no ser militar va á establecerse en país extranjero, porque por esto mismo no está ya obligado á la ley de su país (*Gur. Cas.*, I, 759); que mucho menos pecaría contra la justicia ó sustrayéndose ó desertando, quien fuese alistado en lugar de los injustamente librados, y se debería usar respecto de éstos alguna mayor indulgencia.

§ XXXII. — DIRECCIÓN RESPECTO Á LOS TESTAMENTOS

162. Principios. — I. El testamento (*testatio mentis*) es un acto legítimo y revocable, con el cual uno dispone, para el tiempo en que habrá dejado de existir, de las propias riquezas á favor de una ó más personas llamadas herederos. De donde, *primero*, este acto debe seguir la norma de las leyes vigentes, y estar revestido de todas las formalidades por ellas establecidas para su validez; *segundo*, el testador puede siempre mudar lo, pues que no tiene valor efectivo sino después de su muerte; *tercero*, puede disponer de las propias riquezas ó en todo ó en parte, según le agrade (1), con tal que esta disposición sea á título universal.

(1) Hoy, en efecto (*Cód. Civ. Esp.* 658), al contrario del Derecho Romano, se puede también disponer de una sola parte de los bienes y dejar que el resto vaya á los herederos *ab intestato*.

II. Ninguno, por regla general, está obligado en conciencia á hacer testamento; pero podrá estarlo en algún caso particular, cuando de no hacerlo pudieran sobrevenir disputas y graves disturbios en las familias, lo que la caridad obliga á impedir.

III. Cuando un testamento carezca de las formalidades requeridas por la ley, en conciencia se puede seguramente decidir en favor de quien está en posesión del derecho adquirido, ó sea de los bienes de la herencia, con tal, se entienda, que el testamento haya sido hecho libremente entre personas capaces de tal acto, y sin perjuicio de la porción legal ó sea legítima; de modo que el heredero legítimo no está obligado á pagar los legados determinados en dicho testamento (excepto que en algún modo se esté cierto de que tal era la voluntad del difunto), y por otra parte el legatario, que en buena fe está ya en posesión de los legados dejados, no está obligado á restituirlos al heredero. La razón expuesta en otra parte (§ 29, *Princ.* VII, pág. 603), es *quia potius omni jure est jus possessionis*. Con todo, cuando intervenga sentencia del tribunal, se debe estar á ella por el bien común, para proveer á la paz y huir de las disputas, sin que pueda acudirse á compensación, ni aun oculta.

IV. Es prácticamente cierto, *que* los legados piadosos son válidos siempre que conste la voluntad del testador, ya por palabra, ya por escritura, ya por cualquier otra señal, ya, aunque el testamento sea nulo, por falta de las formalidades civiles, y también cuando (nota bene) quede imperfecto por la repentina muerte del testador después de haber expresado los mismos legados piadosos, pues que en cuanto á éstos se mira sólo al derecho natural y divino y al bien de la religión; *que*, si bien esto sea verdad y debe exhortarse eficazmente al heredero á satisfacer estos legados piadosos, con todo, no se le debe hacer de ello una rigurosa obligación, negándole la absolución, cuando esté en buena fe y no se sepa que tales legados son debidos por obligación de justicia; *que*, por el contrario, el heredero, ni aun en cuanto á los legados piadosos, está obligado á creer á un solo testigo, aunque fuese el párroco, porque así lo requiere el bien