UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

HEINECC

RECITACIO

1080032711

FONDO
ALFONSO REYES
CAPILLA ALFONSINA

RECITACIONES
DEL DERECHO CIVIL

SEGUN

EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA,

POR J. GOTTL. HEINECCIO.

TRADUCCION DE D. LUIS DE COLMENARES,

REVISADA DE NUEVO

POR DON VICENTE SALVÁ.

SEGUNDA EDICION,

MUI MEJORADA EN LO TOCANTE AL DERECHO ESPAÑOL.

TOMO PRIMERO.

CAPILLA ALFONSINA
UANL

PARIS,

LIBRERIA DE DON VICENTE SALVÁ,

CALLE DE LILLE, Nº 4.

1847.

77854

CAPILLA ALFONSINA
U.A.N.L.
FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL

ADVERTENCIA

DEL EDITOR.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

No rehuía en balde de acometerla, pues semejante tarea me ha distraído seis meses continuos de las atenciones en que me hallaba ocupado: y seis meses son para mí seis años ahora que mi vida está mui adelantada, y convendria destinar lo que de ella me resta, á otras obras mas de mi gusto, que ya tengo medio trabajadas. Helas dejado con todo á un lado, para entregarme á la ingrata fatiga de rever una traduccion, llena todavía de espinas y maleza, á pesar de la mucha que se habia quitado la vez primera. No me detendré, como entónces, en citar los lugares en que se han hecho las variaciones mas notables, porque la lista seria cien vezes mayor, por mas que quisiera acortarla. Baste decir, que apénas hai página que no haya tenido varios retoques, y que algunos son de suma entidad. Los he dado igualmente en la disertacion de Boehmero *sobre la legitimacion de los hijos de ilícito ayuntamiento*, que va intercalada despues del título X del libro primero; pero habiendo sido infructuosas tambien ahora las mas eficazes diligencias para lograr el tomo de las *Exercitationes ad Pandectas*, donde se halla la antedicha disertacion de aquel célebre jurisconsulto, me ha sido forzoso contentarme con corregir la traduccion sin tener á la vista el original, del que no sé haya un ejemplar, ni en las bibliotecas públicas, ni en las privadas de los letrados de Paris. Esta falta es tanto mas de sentir, cuanto que por el giro de la frase la version castellana parece hecha sobre una francesa, aunque nadie me ha asegurado su existencia.

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

París, 6 de agosto de 1847.

ESPLICACION

DE LAS ABREVIATURAS

QUE CON MAS FRECUENCIA SE EMPLEAN EN ESTA OBRA.

C.	Código.
D.	Digesto.
Inst.	Instituta.
L.	lei.
Nov.	Novelas.
Nov. Rec. ó *Novis. Recopil.*	Novísima Recopilacion.
P. ó *Part.*	Partida.
SC.	Senadoconsulto.
V.	Véase.
X.	Cuerpo del Derecho canónico.
ad h. t. (*ad hunc titulum*)	á este título.
d.	dicho ó dicha.
cod. (*eodem*)	en el mismo lugar ó título.
ff	Pandectas.
fin.	hácia el fin.
h. t. (*hoc titulo*)	en este título.
l. ó *lib.*	libro.
l. c. (*loco citato*)	en el lugar citado.
p. m. (*pagina mihi*)	en la página para mí ó en la edicion que yo tengo.
pen. ó *penúlt.*	penúltimo ó penúltima.
pr.	al principio.
seq.	siguiente ó siguientes.
sig. y *sigg.*	siguiente y siguientes.
últ.	último ó última.
ún.	único ó única.

DISCURSO PRELIMINAR

SOBRE

LA NECESIDAD DEL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO,

POR **D. G. M. P.**

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

si se reflexiona que en las primeras y mas célebres universidades de Europa la legislacion de Roma era la única en que se instruía á todos los que concurrian á ellas; y en las de nuestra nacion no hubo ni se enseñó el Derecho real de España hasta hace mui poco tiempo, en que ministros zelosos, conociendo la necesidad de una cátedra para esplicar las leyes de nuestra patria, señalaron en los planes de estudios varios años á tan importante ocupacion. Los que habian estudiado y concurrido á Bolonia y demas universidades de Italia y Alemania, trataron siempre de sostener lo que habian oido á sus maestros y profesores, generalizando así una opinion tan universalmente recibida, que era tenido por de cortas luzes y alcanzes en la carrera legal, el que no la seguia.

Ideas tan arraigadas durarian aún en nuestros dias, si las opiniones de los hombres no mudasen á influjo del tiempo y de otras mil circunstancias que las cambian á cada paso. En todas las cosas los estremos son viciosos y reprensibles, y en lo moral, en lo político, en lo intelectual y en lo material, causan los trastornos, los estravíos, los sistemas, las quimeras y paradojas que vemos diseminadas en el campo de las ciencias físicas, políticas y morales. El hombre, cuando no escucha la voz de la filosofía, y sin colocar las cosas bajo el verdadero punto de vista en que debe verlas, se arroja á formar ideas, crear opiniones, erigir axiomas, sin mas mérito ni otro análisis que las primeras impresiones, impulsado de que otros lo sienten así; pasa con

rapidez de un punto á otro, despreciando hoi lo que ántes sostenia con eficazia, y condena y reprueba como error perjudicial la sentencia que ayer clasificaba como dogmática, evidente y de primera demostracion. ¡Cuántas vezes persigue casi con la espada en la mano al partido literario que ántes ciego y entusiasta habia abrazado sin reflexion! El hombre que sin consultar á su razon, ántes de decidirse por esta ó la otra opinion, adopta la que ve seguida por la generalidad, tan indiscreta como él, es un ser degradado que vaga de contradiccion en contradiccion, y se halla espuesto á ser arrebatado por el viento de los mas opuestos pareceres.

Esto ha sucedido á los partidarios y á los enemigos absolutos del estudio del Derecho romano. Los que lo preconizaban como necesario, indispensable, y como la única fuente y segura guia para las decisiones legales, lo proscribieron luego por inútil, inconducente y aún perjudicial á causa de los errores en que, segun su sentir, se nutria á la juventud estudiosa al seguir sus máximas. Su odio y oposicion no se limitaron á estos contradictorios y repugnantes desahogos en tales manifestaciones. Aconsejaron á los monarcas que aboliesen en las escuelas los años que estaban señalados para su enseñanza en los reglamentos de estudios. Arrastrados mas bien del torrente de otra opinion contraria que de su íntimo convencimiento, han impugnado en la especulativa lo que abrazaban en la práctica. Tal es el proceder de los que ahora se dicen antagonistas del Derecho romano. Indecisos en varias resoluciones de los di-

ferentes casos en que á cada paso tropiezan, y no pudiendo determinarlos por las leyes del país á que pertenecen, acuden con confianza á aquel para encontrar un suplemento que les ausilie en sus dudas. Entónces es para ellos el santuario mas digno de respeto un lugar, que una hora ántes miraban como profano y sacrílego al acercarse á él.

Al ofrecer al público la presente traduccion de las *Recitaciones* de Heineccio, se deja conocer desde luego cuán distantes estamos de impugnar este estudio; pero por esto no creemos dar márgen para que de aquí se deduzca que á él solo limitamos el estudio de un jurista, ó que su necesidad sea tan absoluta, que sin él nada se sepa en materia de política y legislacion. Tan peligroso es abandonar un partido, como abrazar el enteramente contrario. Fijando esta cuestion y reduciéndola á su verdadero centro, para decidirla con la imparcialidad y tino que exige, bien se la puede concebir y resolver en estos términos: en el estado de nuestra legislacion y en el de todos los países de Europa, y aún del Nuevo-mundo, es necesario el estudio de la jurisprudencia romana, para comprender muchas leyes con perfeccion, saber su orígen, los motivos por que se dictaron, y los casos en que tendrán mejor aplicacion.

Entrando en el exámen y pruebas de esta asercion, si hubiésemos de apoyar nuestro dictámen en autoridades respetables, pueden citarse infinitas en confirmacion de la utilidad y necesidad, en el sentido que dejamos espuesto, del estudio del Derecho romano. Los mas

celebres jurisconsultos, los abogados de mayor nombradía, los legisladores mas sabios acuden á él en sus escritos, defensas y discursos, apoyando sus opiniones con testos deducidos de aquella legislacion sábia. Mui pocas naciones hai, aún despues de los esfuerzos que sus antagonistas han hecho para desterrarlo, en que los primeros años de la carrera no los ocupe la juventud en estudiar este Derecho y su historia. En Alemania, como que su derecho civil es una copia del romano, se entregan con asidua aficion á él, y en todos tiempos han salido de sus escuelas los que han escrito los mejores tratados de legislacion. La Francia, aún despues que organizó la suya bajo un método sencillo, preciso y casi matemático, no descuidó este estudio para formar los célebres abogados que desde el siglo de Luis XIV honran con sus luzes aquella nacion. Se ha hecho así con mayor empeño desde que el inmortal Portális, al tiempo de la discusion del código civil, dijo que este no era mas que las Instituciones de Justiniano adicionadas en lo tocante á los usos y derechos, que en tiempo de los romanos no se conocian. Así es que desde entónces, en cuantos planes de educacion se han dado á los establecimientos literarios, se ha exigido como indispensable el estudio del Derecho romano en los primeros años de la carrera; á pesar de que en aquella nacion era acaso ménos necesario que en otras, en que no se cursa el Derecho natural y de gentes, como en ella. En los mismos Estados-Unidos de América, en donde hai una legislacion enteramente nueva, se cur-

san simultáneamente las leyes del país, comparadas con las romanas, en unas instituciones formadas al intento sobre ambas jurisprudencias. En las dos naciones que mas descuellan por su saber y riqueza, la Francia é Inglaterra, todos los hombres que han brillado en sus tribunales, ya como simples abogados, ya como juezes, ya como fiscales y defensores de sus leyes, han sido los que jamas dejaron de la mano el Código, las Pandectas y los escritores alemanes, que con mas filosofía las han esplicado. Le Maistre, Patru, Tillemont, Cochin y D'Aguesseau se han inmortalizado, los unos en las reuniones *mercuriales*, los otros en sus discursos parlamentarios, aquellos en sus defensas forenses, y estos en sus sentencias y resoluciones, por las luzes con que las adornaron y fundaron, bebidas en la copiosa fuente del Derecho romano. Hoi mismo Dupin y Laromiguiere deben su crédito y fama oratoria al fondo de nociones y erudicion que despues de largos años de desvelos y fatigas han aprendido en el mismo manantial. Como quiera que sea, la voz de los abogados mas acreditados, el sentir razonado de los jurisperitos sólidos y filósofos, y la práctica de todas las naciones persuaden la importancia de un estudio, sin el cual queda el abogado como manco é imperfecto, careciendo de un recurso necesario para salir con felizidad de mil cuestiones y dudas.

Razones de otra naturaleza mas evidentes y demostrables, que no se deducen de la autoridad comun, persuaden la verdad que vamos demostrando. Estas mis-

mas tienen presentes los príncipes, cuando mandan y prescriben en los reglamentos generales de educacion pública que se principie por estudiar el Derecho romano, como que es la guia para conducir á los jóvenes, á que con mas claridad lleguen á comprender el sentido y espíritu de las leyes de su país. Dígase lo que quiera del Derecho romano, á los ojos del hombre reflexivo y meditador siempre será la razon ilustrada en su mayor grado de cultura, y la moral mas pura que el Autor de la naturaleza escribió en el corazon del hombre, reducida á leyes escritas : es siempre la jurisprudencia universal, pues comprende los primeros y mas sublimes principios de equidad y justicia, metodizados por una nacion, á la que parece habia criado el cielo para dominar eternamente sobre los demas pueblos, por su razon y sabiduría. Sus leyes son aplicables á todos los tiempos, países y personas, por cuanto sus autores mas bien cuidaron de fijar en sus códigos los arcanos generales de la justicia, que de entrar en minuciosidades y preceptos particulares, que son obra de las circunstancias, de las condiciones y de la diversidad de personas. Todo respira en él aquella elevacion de sabiduría, aquella profundidad de buen sentido, y por decirlo todo en una palabra, aquel espíritu de legislacion, que fué el carácter propio y singular de los señores del mundo. Puede decirse que todavía estiende Roma su imperio á todas las partes del orbe por el influjo que ejerce en sus diversas legislaciones, despues de haber dejado de regirlas con su autoridad. Parece con efecto

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que la justicia solo ha revelado sus misterios á los jurisconsultos romanos. Dictando leyes, mas bien como legisladores que como jurisconsultos, merecieron por lo aventajado de sus luzes dar leyes á la posteridad, aunque no eran mas que unos simples particulares. Leyes tan estendidas como durables, todas las naciones las consultan aún al presente, y todas reciben de ellas respuestas de eterna verdad. No se han limitado los jurisconsultos romanos á interpretar las XII Tablas y el Edicto del pretor; sino que son los mas seguros intérpretes de nuestras leyes, porque acomodan, por decirlo así, su genio á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres, y por los principios que nos dan, nos sirven de guia, aún cuando caminamos por una senda que les fué desconocida. Así se esplica con oportunidad sobre la legislacion de Roma el mas célebre canciller de los franceses.

Las máximas regulares de Derecho público, los preceptos de economía política y civil, las facultades de los gobernantes, los derechos y prerogativas de los gobernados; el modo de adquirir, aumentar y conservar la propiedad, de comunicarla á los descendientes, de vindicarla, de trasladarla, de donarla; la seguridad de las personas, sus diversas clases y estados; el órden gradual de magistrados y tribunales; las máximas para que administren con rectitud é imparcialidad la justicia; la clasificacion exacta de delitos; las circunstancias necesarias para conocer cuándo son mas ó ménos graves; las penas determinadas con exactitud aritmética; los juícios regulados; las acciones sistematizadas; los caminos y

medios descubiertos para repeler los daños y librarse de las ofensas; en fin todos los puntos de Derecho público y privado con respecto á las autoridades y á los súbditos, que son los dos grandes brazos de la sociedad, se hallan esplicados en el Derecho romano. En él están echados los fundamentos para cualquier código civil; existen las bases mas principales del criminal, y se hallan las máximas para un código de agricultura y para el de comercio; como que las naciones mas célebres y comerciantes del orbe siempre decidieron sus asuntos mercantiles por los preceptos de aquella, hasta que crearon nuevos códigos.

Ya hemos dicho, y la historia nos lo confirma, que los romanos llegaron á dominar las demas potencias por sus armas; y como es prerogativa de todo pueblo conquistador dar sus leyes y usos al vencido, por esta razon y por ser aquellas las mejores del mundo, todos los pueblos que se sometieron á su yugo, las adoptaron por muchos siglos. Identificados ya con esta legislacion, y siendo los usos y costumbres posteriores modelados por ella, los reyes y monarcas, al formar los códigos para sus respectivos dominios, tuvieron que vaciarlos en aquellas leyes y en las decisiones de los jurisconsultos del Lacio, por las que tanto tiempo habian regido á sus pueblos. El código de Alonso el Sabio, el de Gustavo, el de Federico II, el de José II, el de Catalina, el de Leopoldo, el de Suecia y Dinamarca, el de Napoleon en tiempo de la república, y el de Luis XVIII en tiempo de la restauracion, bien analizados, no son mas que las

Instituciones de Justiniano. En prueba de esta asercion tenemos la autoridad del laborioso Cocceyo, quien en los comentarios que hizo del de Federico, lo ha demostrado hasta la evidencia, lo mismo que Dupin hizo respecto del frances. En igual caso está la nacion inglesa. Prescindiendo de los actos bárbaros y atrozes que oscurecen su legislacion, hijos de los siglos de hierro y de oscuridad, todo lo demas que hai en ella de bueno, es tomado de los códigos de Roma. En las instituciones que el erudito jurisconsulto Blackstone ha formado para esplicar las leyes de su país, y que sirven de testo en las universidades, no hace mas que vaciar la legislacion romana, para apoyar la de su patria, manifestando la concordancia de la una con la otra; y es bien cierto, que sin este trabajo no se comprenderia la legislacion inglesa, esplicada por este genio singular. Su obra se consulta y aprecia en términos, que se tiene por el primer oráculo en materia de Derecho.

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

No obstante, para satisfacer mejor nuestro propósito, se indicarán unas cortas reflexiones, que á la vez acre-

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

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

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

Por esta lijera observacion se colige fácilmente la importancia y necesidad que tienen los jóvenes, que se dedican á la carrera de abogados, de estudiar el Derecho romano, para despues comprender sus leyes en el principal de sus cuerpos legales. Sin él ¿qué entenderá el cursante de leyes, cuando le pongan en las manos unas instituciones de su jurisprudencia, de la accion pauliana, concedida y consagrada en este código en favor de los acreedores, cuando los deudores venden sus bienes con fraude y dolo de aquellos? ¿Cómo la accion, que en virtud de la lei falcidia compete al instituído heredero en testamento, para deducir la cuarta parte, cuando son muchas las mandas y legados que se han dejado en el testamento, cuya accion de los romanos pasó á nosotros en el *tít.* 11 *de la Part.* 6? ¿Cómo la cuarta trebeliánica, que se concede á los herederos fiduciarios, establecida en la *lei* 14 *tít.* 5. *Part.* 6? ¿Cómo la renuncia del senadoconsulto veleyano, para que las mujeres puedan ser fiadoras de sus maridos, que está copiada en nuestras leyes de Toro? Mil casos y pasajes de esta naturaleza se pueden presentar y ofrecer á cada paso en que el principiante se hallará embarazado, si no se ha preparado para estudiar su legislacion con el conocimiento de la romana. En materia de donaciones, de testamentos, de mandas, de codicilos, de legados y herencias, el Derecho español es casi una fiel copia del romano con algunas mutaciones segun sus usos y costumbres. En los fideicomisos ¿quién no ve una semejanza de nuestros mayorazgos y vinculaciones, pudiendo

acomodarse las doctrinas de aquellos á las dudas de estos, en las complicadas cuestiones que el capricho, arbitrariedad, orgullo, ignorancia y mala direccion de los fundadores, suscitan todos los instantes en el foro? Los escritores de ménos fárrago, y que con alguna claridad han ilustrado la materia, siempre se valen de la doctrina establecida por los emperadores en los fideicomisos.

Algunos antagonistas del Derecho romano, mas prudentes que otros, pretenden que pueden ahorrar á los jóvenes su estudio, presentándoles unas Instituciones para las escuelas, filosóficas y mas metódicas que las que tenemos, en que se instruyan en las leyes con nociones sacadas del Derecho romano. Prescindiendo de que carecemos de un libro tan necesario como interesante, ni aún en este caso seria inútil conocer el Derecho romano. Los jóvenes, circunscribiéndose á lo que solo han visto en las Instituciones, no sabrian elevarse á las fuentes verdaderas, para tomar el hilo de sus raciocinios y demostraciones jurídicas, ni penetrar el fundamento y motivo de varias leyes; es decir, carecerian de filosofía legal, cuya ciencia sin la menor ponderacion está vinculada á la legislacion romana.

Despues de tantos elogios y encomios como llevamos hechos de ella, no se crea que pretendemos eximirla de defectos, ni paliar ciertas manchas que oscurecen su brillo en algunas partes. Obra de los hombres, y de hombres constituídos en diversas posiciones, mandados por diferentes autoridades, unos dias libres, otros esclavos,

un siglo bajo los cónsules y otro bajo los emperadores, preciso es que se resienta de algunos vicios y defectos, de que no se han libertado las legislaciones de los hombres mas célebres. No obstante siempre será un Derecho comun, una justicia universal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar; y porque en nuestra patria están señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas las *Recitaciones* de Heineccio, cuyo mérito es superfluo recomendar, cuando de todos es sabida la aceptacion que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.

COMPENDIO HISTÓRICO

DEL DERECHO ROMANO

DESDE RÓMULO

HASTA NUESTROS DIAS,

POR M. DUPIN.

CAPÍTULO I.

DERECHO ROMANO EN TIEMPO DE LOS REYES.

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

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

Esta voluntad se manifestaba por *edictos*.

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

(1) L'uso é il legislatore il più ordinario delle nazioni. *Beccaria* § 42.

UANL UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

un siglo bajo los cónsules y otro bajo los emperadores, preciso es que se resienta de algunos vicios y defectos, de que no se han libertado las legislaciones de los hombres mas célebres. No obstante siempre será un Derecho comun, una justicia universal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar; y porque en nuestra patria están señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas las *Recitaciones* de Heineccio, cuyo mérito es superfluo recomendar, cuando de todos es sabida la aceptacion que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.

COMPENDIO HISTÓRICO

DEL DERECHO ROMANO

DESDE RÓMULO

HASTA NUESTROS DIAS,

POR M. DUPIN.

CAPÍTULO I.

DERECHO ROMANO EN TIEMPO DE LOS REYES.

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

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

Esta voluntad se manifestaba por *edictos*.

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

(1) L'uso é il legislatore il più ordinario delle nazioni. *Beccaria* § 42.

UANL UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

CAPÍTULO II.

DERECHO ROMANO HASTA LAS XII TABLAS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Procul, oh, procul este, profani!

CAPÍTULO III.

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

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

Los magistrados plebeyos intentaron muchas vezes despojar á los patricios, no solamente de sus honores, sino de sus bienes: los patricios por su parte, sostuvie-

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

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

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

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

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

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

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

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

Sucedia á vezes que los jurisconsultos no estaban de acuerdo en estas interpretaciones; y entónces se reunian, ó en el foro ó cerca del templo de Apolo, á discutir las cuestiones sobre que disentian, formando el resultado de sus conferencias una decision denominada

recepta sententia. De estas resoluciones hablan las leyes cuando dicen : *Post magnas varietates obtinuerat.* (*L. ult. Dig. De leg. l.* 32. *Dig. De obligat.*); *Ex disputatione fori veni...* (*Ascan. Pœdian. in Verrin.* 3.); *Jus consensu receptum...* (*Inst. De adq. per adrog.*); *Jus commentitium...* (*L.* 20. *Dig. De pœnis.*)

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

Tamen imâ plebe quiritem
Facundum invenies : solet hic defendere causas
Nobilis indocti : veniet de plebe togatâ,
Qui juris nodos ac legum ænigmata solvat.
Juv. VII. 47.

Á ejemplo de los reyes, los cónsules se habian puesto en posesion de decidir todos los casos no previstos por las leyes. *Dionys. Halic. X.* 1. Mas cuando enteramente dedicados á los negocios de la guerra, se vieron

en la necesidad de abandonar los demas asuntos civiles al cuidado de los diversos magistrados que se habian creado para suplirlos, entónces se observó que estos magistrados, y particularmente los pretores, daban edictos sobre los diferentes ramos de administracion que se les habian confiado.

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

Los edictos de los pretores eran de muchas clases : unos llamados *repentina*, que eran los que se daban al instante, y como de improviso, en los casos que ocurrian. Otros eran dados *ad perpetuam jurisdictionem*, y se estendian á todo el tiempo (1) que debia durar la magistratura. Entre estos últimos se llamaban *translatitia* los que el nuevo pretor conservaba de su antecesor; y *nova* los que el nuevo pretor añadia *de suo* al edicto antiguo; porque cada pretor, al entrar en el ejer-

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

cicio de sus funciones, subia á la tribuna de las arengas, y declaraba (*edicebat*) las reglas que seguiria para la administracion de justicia. Este edicto se ponia despues por escrito inmediatamente *in albo*.

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

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

Para poner fin á estos abusos no se encontró otro medio que reclamar la observancia de aquel edicto célebre: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur*. No obstante esta barrera parecia aún mui débil; y en el año 585 de Roma se estableció un senadoconsulto, que fué convertido en lei al año siguiente, para que los pretores administrasen justicia, durante el período de su magistratura, en conformidad á los edictos, que hubiesen promulgado al entrar en sus destinos: *ut prætores ex edictis suis perpetuis* (*id est, per totum annum mansuris*) *jus dicerent;* ó (como dice Dion. Cassio, lib. 36.) *ut et statim prætores principio ediderent quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent*.

Desde entónces el Derecho pretoriano, *Jus honorarium*, fué mas permanente; no se mudó ya sin necesidad, y los edictos de los antiguos pretores, casi siempre conservados por sus sucesores, formaron despues un cuerpo tan respetable de resoluciones, que se juzgaba en tiempo de Ciceron, que en el edicto del pretor, y no en las XII Tablas, era donde debia buscarse la verdadera inteligencia de las leyes: *à prætoris edicto, non à XII Tabulis, hauriendam juris disciplinam*. Cic. De legib. lib. 1. c. 5.

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

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

Desde las guerras púnicas, en cuya época las letras y las bellas artes comenzaron á ser honradas en Roma,

los jóvenes empleaban sus primeros años en el estudio del griego, pasaban luego al de la gramática, retórica, etc.; y cuando habian llegado ya á la edad de tomar la toga viril, se preparaban á los combates de la tribuna, donde á poco tiempo solian presentarse al lado de algun célebre personaje. Otras vezes principiaban sus estudios viajando á Aténas, Ródas, Mitilena ó Marsella, para perfeccionarse en estas ciudades, léjos de los placeres y de la corrupcion de Roma; ó bien seguian la carrera de las armas, sin que por esto los ejercicios militares les impidiesen entregarse á la cultura de las letras y de las artes. *Vell. Pat.* 1. 13. *Suet. in Cæsar.* 36., *in Augst.* 84.

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

CAPITULO IV.

DERECHO ROMANO DESDE AUGUSTO HASTA CONSTANTINO.

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

En esta época Bruto y Casio estaban derrotados, la república carecia de ejércitos, el partido de Pompeyo habia sido destruído en Sicilia, Lépido estaba separado del gobierno, Antonio habia muerto, y el partido mismo de César no reconocia otro jefe sino Octavio. Este dejó el título de triunviro, portándose en lo sucesivo como cónsul, y contentándose con agregar á este título el poder tribunicio, que únicamente afectaba querer conservar para defensa de los plebeyos.

Mas cuando con sus liberalidades logró ganar el ejército, enervar á Roma con una inmensa abundancia, y cuando consiguió que todas las clases del estado estuviesen como embriagadas en los placeres y el reposo, entónces se le vió engrandecerse poco á poco, arrogándose las facultades del senado, la jurisdiccion de los magistrados, y hasta el poder de las leyes, sin que hu-

biese nadie que se atreviera á oponérsele, *nullo adversante* (1).

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

Seguramente no hacia en esto mas que imitar á César, quien, segun refiere Suetonio (2), tambien quiso dar nueva forma al Derecho civil, reuniendo en un pequeño número de libros lo mejor y mas esencial que pudiera estraerse del cúmulo enorme de leyes antiguas. Su muerte prematura le impidió ejecutar este proyecto; pero Augusto lo realizó, tan luego como sus reiteradas empresas y la fuerza de las circunstancias introdujeron insensiblemente la necesidad del gobierno de uno solo: *quando per partes evenerat, ut necesse esset reipublicæ per unum consuli.* L. 2. §. 11. Dig. de orig. jur.

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

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

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

Efectivamente fingió dejar al senado la misma autoridad que tenia ántes, no hizo variacion ninguna en los títulos de los magistrados, y les conservó todas sus insignias y distintivos, para encubrir mejor sus dolosos designios. Los cónsules continuaban marchando precedidos de hazes como en tiempo de la república, y aún Augusto se aplicó varias vezes este imponente dictado. En Roma se veían los pretores, los ediles, los tribunos, los cuestores, y el pueblo no temia por su república. Pero el príncipe habia sabido reconcentrar en sus manos los diferentes poderes que intervenian en los cargos de mayor influencia; y aunque los nombres eran los mismos, *eadem magistratuum vocabula*, el antiguo espíritu nacional estaba completamente destruído: *ni-*

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

hil usquam prisci atque integri moris supererat. Tacit. Annal. lib. 1. c. 3. y 4.

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

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

Hé aquí lo que los autores del Digesto llaman *legem regiam* (L. 1. pr. Dig. De const. princ.); *Augustum privilegium* (L. 1. §. 14. Dig. De cad. toll.); *legem Augusti* (L. 14. Dig. De manum.); *legem imperii*

(1) Opóngase á esta bajeza aquel bello pasaje de d'Agues-

(L. 3. De testam.); y esta lei no es otra cosa que una recapitulacion de los diversos senadoconsultos hechos en honor de Augusto, y por su interes.

Revestido pues de todas las magistraturas, aparentaba usar únicamente del derecho que estas conferian. De consiguiente, cuando ordenaba publicar algun edicto para las provincias, lo hacia como *procónsul;* en la ciudad obraba *en virtud del poder tribunicio;* en el ejército, *tamquam imperator*, y en materias de religion, *tamquam pontifex maximus.* De esta manera parecia que todo marchaba por su órden regular.

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

Últimamente Augusto, que conocia cuánto podia temerse de la influencia de los jurisconsultos, supo discurrir tambien un medio para sacar de ellos una grande utilidad. Por lo mismo hizo los mayores esfuerzos para ganarlos y servirse de su reputacion, ya para barrenar la autoridad de los pretores, ya para dar á la legislacion el giro que le convenia. Á este fin restringió el ejercicio de la profesion (que ántes era libre y permitida á todos) únicamente á aquellos que él juzgase dignos

seau, tomo 1. p. 7: *Las mas nobles imágenes de la divinidad, los reyes, que llama la Escritura* los dioses de la tierra, *no son nunca mas grandes que cuando someten toda su grandeza á la justicia, y cuando añaden al título de* señores del mundo *el de* esclavos de la lei.

del honor de ser jurisconsultos, dando tanta fuerza á sus respuestas, que los jueces debian conformarse con ellas. *L.* 2. §. 47. *Dig. De orig. jur.*

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

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

nullius assuetus jurare in verba magistri,

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

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

Tiberio, su sucesor, el mas desconfiado de los tiranos, practicó todos los artificios de su antecesor; y rico ya con los descubrimientos y esperiencia de Augusto, los fortificó con los nuevos medios que su genio pudo

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

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

Desde este momento el poder legislativo solo residia en el pueblo idealmente, pues aunque, cuando los emperadores querian establecer alguna lei, cuidaban de

proponerla al senado *per suos quæstores candidatos*, este nunca dejaba de hacer un senadoconsulto (1) á su satisfaccion y bajo su acuerdo; siendo por consiguiente el senado en las circunstancias peligrosas un escudo con que se cubrian los emperadores contra los tiros del odio popular.

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

Claudio, inmediato sucesor del trono, abolió todas las constituciones (3) de su antecesor, y por lo mismo nada

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

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

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

se ve en el Cuerpo del Derecho que nos recuerde la autoridad absoluta de Calígula.

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

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

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

Desde la promulgacion de este Edicto, no solamente los magistrados no permitieron introducir un Derecho nuevo, sino que los príncipes mismos se lisonjeaban en proclamar que á nadie era lícito derogarlo (*L.* 13. *C. De testam.*); que seria un absurdo apartarse de sus disposiciones (*L.* 2. *C. De cod. insert.*); y que en vano se

reclamaria lo contrario (*L.* 2. *C. De succes. edict.*); que se tendria por temerario al que solicitase eximirse de las penas establecidas en este Edicto (*L.* 2. *C. De in jus vocando*); que nada debia esperarse del príncipe, cuando se le pidiesen cosas opuestas á Derecho (*L.* 1. *C. hermog. De column.*). En fin Paulo nos dice, que ni aún habia necesidad de apelar de las circunstancias que violaban el Edicto (*L.* 7. §. 1. *Dig. De appel. recip. vel non.*).

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

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

Por último, bajo el imperio de Adriano, es inegable que la legislacion tomó decididamente otra nueva forma, pues si los emperadores habian procurado siempre hasta entónces, hacer confirmar sus edictos por medio de algun senadoconsulto, despues no vacilaron mandar con su propia autoridad, y sin que constase siquiera el requisito de la consulta, pudiendo decirse por lo mismo

con toda verdad: *Roma est ubi imperator est.* Herodian. Hist. lib. 1. c. VI.

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

En el reinado de los otros emperadores hasta Diocleciano, es evidente que florecieron bastantes jurisconsultos, á pesar de los horrores de las revoluciones públicas y de las catástrofes de los césares. Despues fué perdiéndose poco á poco la aficion á esta ciencia, sin que hubiese ninguno que pensase en lo sucesivo restituirle su lustre y honor. Es cierto que algunos profesores enseñaban aún en Roma y en Constantinopla la jurisprudencia; pero sus esfuerzos no fueron suficientes para propagar las luzes fuera de estas ciudades; por cuya razon se queja Lactancio de que entónces no existia ya ni elocuencia, ni abogados, ni jurisconsultos: *extinctam esse eloquentiam, causidicos sublatos, jurisconsultos aut necatos aut relegatos.* Lact. De mort. persec. c. 22.

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

CAPÍTULO V.

DERECHO ROMANO DESDE CONSTANTINO HASTA JUSTINIANO.

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

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

No obstante lo que hizo brillar mas esta ciencia, fué la institucion de las escuelas de Derecho, entre las que sobresalian con especialidad las de Berito, Roma y Constantinopla. Estas adquirieron tanto favor y proteccion, que Justiniano, para conservarlas en todo su

esplendor, les concedió el privilegio esclusivo de enseñar el Derecho públicamente, haciendo ademas cerrar otras rivales que acababan de abrirse en Alejandría y en Cesarea.

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

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

Pero tanta belleza no podia durar siempre: esta ciu-

dad, tan ilustre como desgraciada, fué por segunda vez víctima de un nuevo temblor de tierra; y un incendio que le sobrevino en seguida, acabó de asolarla, desalentando enteramente los esfuerzos que sus malhadados habitantes hacian para reedificarla.

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

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

Fué pues Gregorio ó Gregoriano el primer compilador de las constituciones que rigieron desde Adriano

hasta Constantino, habiéndolas clasificado con distintos títulos; y su compilacion, aunque obra de un particular, goza no obstante de grande autoridad.

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

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

Los hijos de Constantino, siguiendo el plan de su padre, trabajaron con el mayor empeño en simplificar la jurisprudencia, y en favorecer la Religion cristiana, que acababan de abrazar. Pero mui pronto Juliano (el apóstata), lleno de otras ideas, trastornó cuanto aquellos habian establecido, poniendo ademas en tal descrédito la ciencia de las leyes, que dejaron de estudiarla los hombres libres, y la abandonaron á los libertos (1).

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

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

(2) El número de estas obras en tiempo de Justiniano as-

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

Sin embargo Teodosio no desistió de su proyecto, y resuelto á reducir á un cierto punto las constituciones de los emperadores hasta su tiempo, confió esta comision á ocho jurisconsultos, entre los que se cuenta Antíoco; y en el año de 438 promulgó un código que se llamó *Código teodosiano*, en el cual se comprenden todas las órdenes y decretos desde Constantino el Grande.

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

cendia á cerca de dos mil volúmenes, y podia componer, segun la espresion de Eunapio, *la carga de muchos camellos.*

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

CAPÍTULO VI.

COMPOSICION DEL CUERPO DEL DERECHO.

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

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

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

Para la ejecucion de esta vasta empresa no se descuidó en buscar los estadistas mas ilustres y consumados, los profesores mas hábiles de las escuelas de Berito y

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Constantinopla, y los abogados mas célebres por su sabiduría y mas acreditados por su elocuencia. Al frente de ellos puso á Triboniano, que estaba condecorado con una de las primeras dignidades del Imperio, y les prescribió que de los códigos ya publicados escogiesen las leyes mejores y las reuniesen en un solo volúmen, dividido en 12 libros, recomendándoles especialmente que separasen lo inútil, y rectificasen lo que hubiese caído en desuso.

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

Despues reflexionando que los principios de la jurisprudencia romana se hallaban reunidos mas completamente, y establecidos con mayor solidez en las obras escritas *ex professo* por los antiguos jurisconsultos, que en los decretos parciales de los príncipes sus predecesores, comisionó nuevamente á 18 sabios, presididos tambien por Triboniano, para que compilasen dichas

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

obras. Esta operacion les fué encargada el año 530 de Roma, y aunque se les concedieron diez para terminarla, fué tanto su zelo y laboriosidad, que en tres años formaron aquella enorme obra que se denominó *Pandectas* ó *Digesto* (1), porque en su totalidad contenia decisiones sobre todas las materias del Derecho: *quod omnes disputationes et decisiones in se haberet legitimas, et quod undique esset collectum, in sinus suos recepisset.* L. 2. § 1. C. De vet. jur. enucl.

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

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

Aunque Justiniano habia hecho el encargo especial de que no se dejase en su Código vestigio alguno de las

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

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

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

Justiniano reinó aún muchos años despues de la promulgacion de este último código, y por consiguiente no debe estrañarse el que se haya visto en la precision de resolver algunas de las muchas cuestiones imprevistas, que ofrece á cada instante la movilidad de las circunstancias. Y esto es lo que son sus nuevas constituciones, *novellæ constitutiones*, escritas la

mayor parte en griego, de las cuales pensó el mismo (1) mandar hacer una recopilacion por separado, como lo acredita su const. *Cordi nobis*. §. 4. *De emend. Cod.*

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

Por lo que á nosotros toca, diremos francamente, que el Cuerpo del Derecho no está esento de faltas, y convendremos, por ejemplo, en que bien hubiera podido dársele ménos estension, y distribuirlo con mejor órden; pero tambien confesaremos que estos defectos son escusables en una obra tan larga y trabajosa, hecha por la mano de los hombres, y consiguientemente destinada á quedar siempre imperfecta, como lo dice el mismo Justiniano: *In nullo aberrare, seu in omnibus irre-*

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

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

prehensibilem esse, divinæ utique solius, non autem mortalis est constantiæ seu roboris. L. 3. §. 13. C. De vet. jur. enucleando.

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

Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis
Offendar maculis, quas aut incuria fudit,
Aut humana parùm cavit natura.
HORAT. Art. poët. v. 351.

CAPITULO VII.

CUÁL FUÉ DESPUES DE JUSTINIANO LA SUERTE DE SU LEGISLACION.

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

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

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

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

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

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

Este código se componia de la version griega de la Instituta, de las Pandectas, del Código, de las Novelas, de los edictos de Justiniano, y de las paratitlas y comentarios de los jurisconsultos del Imperio de Oriente, insertándose ademas en él algunos pasajes de los Padres y de los concilios. La traduccion sin embargo no es li-

teral, y á vezes se aparta tambien del testo; se omitieron unas leyes, se añadieron otras, y en fin todas están ó truncadas ó compendiadas. Si creemos lo que dice Psello, esta obra no era siquiera comprensible para los mismos griegos; *interpretatu difficile est maximè obscurum*. Cárlos Anibal Fabrot, abogado del parlamento de Aix, emprendió hacer de ella, por dictámen del canciller Seguier, una traduccion latina que publicó el año de 1647, en siete volúmenes en folio.

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

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

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

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

Los ostrogodos usaron igualmente de las leyes romanas, y su rei Teodorico mandó en el prefacio de su Edicto la exacta ejecucion de ellas; *salvâ juris publici reverentiâ, et legibus omnibus cunctorum devotione servandis.*

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

Segun estos principios de una política tolerante, los borgoñeses permitieron á los romanos que existian en su reino, seguir en la observancia de sus leyes. Conviene juzgar á los romanos por las leyes romanas, dice Gondebaut en el preámbulo del Código de Borgoña: *inter romanos verò, sicuti à parentibus nostris statutum est, romanis legibus præcipimus judicari* (Véase á Lindembroge, pág. 267); y hé aquí por qué Papiniano compuso, á ejemplo de Aniano, un libro de respuestas, *Liber responsorum*, sacado del Código teo-

dosiano, de las Novelas del emperador y sus sucesores, y de las obras de algunos jurisconsultos, con el objeto de que pudiesen servir de norma á los ciudadanos que preferian el régimen de la lei romana al de la lei gombeta.

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

En este estado permanecieron las cosas hasta el tiempo de Carlo Magno, quien conociendo la necesidad de dar leyes á las naciones que habia subyugado, mandó en el año de 804 poner por escrito las costumbres de todos los pueblos de su dominacion (2).

Nacieron de aquí las leyes de los alemanes, de los bávaros, de los lombardos y de otros muchos pueblos, cuyas constituciones fueron recopiladas con bastante

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

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

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

erudicion por Eccard, Lindembroge, Don-Bouguet, y otros escritores.

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

En Occidente es opinion mui acreditada que se descubrió un ejemplar de las Pandectas en el saqueo de la ciudad de Amalfi, cuando la conquistó Lotario II en el año de 1137. Este emperador lo regaló á los habitantes de Pisa, en atencion á los socorros que le habian prestado para aquella espedicion, y de los pisanos pasó á los florentinos (1), donde se conserva con mucha estimacion. Irnerio, jurisconsulto aleman que habia estudiado en Constantinopla, se hallaba entónces enseñando públicamente el Derecho romano en Bolonia, y de consiguiente tuvo ocasion de recurrir varias vezes á este ejemplar de las Pandectas para rectificar y esplicar mejor sus lecciones. Tambien dicen que el mismo Lotario publicó un edicto en seguida del hallazgo de este tesoro de jurisprudencia, para que se introdujese y se estableciese su estudio en las escuelas, y se observase en

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

Efectivamente hasta el siglo XVI no salió la jurisprudencia del cáos en que yacia, debiendo su esplendor á las obras de Cujacio (1). Pithou, P. Fabio, Fr. Otoma-

(1) Cujacio fué sin contradiccion el primero de los intérpretes del Derecho, introduciendo una manera nueva de tratarlo y comentarlo. Por lo mismo la jurisprudencia romana llegó á ser desde entónces mas elegante, *elegantior*; y Nes-

no, y otros muchos sabios. Mas si este siglo tuvo sus ventajas, tuvo tambien sus inconvenientes. El gusto de las letras, perfeccionando el ingenio de los comentadores, les dió al mismo tiempo mayor sutileza; de suerte que, á escepcion de un corto número, se ve que todos los autores que trabajaron sobre el Derecho romano, no emplearon el tiempo sino en correr tras de quimeras, en crear monstruos para tener el placer de combatirlos, y en buscar antimonias, de ordinario imaginarias, solamente para parecer diestros y sútiles, y para que se dijese de ellos que habian descubierto lo que ni siquiera les habia ocurrido pensar á los glosadores de otras edades. *Commentis veritatem obruunt*, dice Duareno, *quod aliquid paulò argutius, nec aliis ante excogitatum, in medium adduxisse videantur.*

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

telbladt nos enseña que esta jurisprudencia, mejor estudiada y mas cultivada, se llamó *Jurisprudencia cujaciana.*

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

CAPÍTULO VIII.

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

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

Estalló luego una revolucion terrible: su primer esfuerzo se dirigió contra las leyes. Quedaron destruídas las antiguas instituciones, y las escuelas de Derecho dejaron de existir. De esta suerte se sepultaron en el silencio las leyes romanas y las de la antigua Francia,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

reemplazando su lugar una multitud de otras nuevas que se sucedian sin tener enlaze alguno, y se multiplicaban sin razon : *corruptissimá republicá plurimæ leg.* Tacit. Annal. III. 28.

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

En cuanto á su fuerza y autoridad, es evidente que si las leyes posteriores derogan las anteriores, las *Novelas* deberian preferirse al *Código*, lo mismo que la *Instituta* á las *Pandectas*. No obstante algunos opinan que las *Instituciones* y las *Pandectas* recibieron fuerza de lei á un tiempo, y en este caso se sigue que ambos códigos tendrán igual autoridad, y que no se derogarán entre sí.

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

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

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

En fin leyes tan estendidas como durables, se puede decir con el canciller d'Aguesseau, todas las naciones las consultan aún en la época presente, y cada uno recibe de ellas respuestas de eterna verdad. Los jurisconsultos romanos que interpretaron la lei de las XII Tablas y el Edicto del pretor, son los intérpretes seguros de nuestras propias leyes, pues prestan, por decirlo así, su espíritu á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres; y por los principios que nos dan, nos sirven de guias, aún cuando marchamos por un camino que les fué desconocido. *Tomo* 1. *pág.* 137.

Procurád pues, jóvenes estudiosos, penetraros bien de esas preciosas reglas; aprovecháos del estudio de las

leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales; y trabajád dia y noche para poneros en estado de ser útiles á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos : *pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori, et amicis utilitati, et reipublicæ emolumento esse possitis.* Cic. I. De orat.

PROEMIO.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales; y trabajád dia y noche para poneros en estado de ser útiles á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos : *pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori, et amicis utilitati, et reipublicæ emolumento esse possitis.* Cic. I. De orat.

PROEMIO.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

via á entregarse á este océano, cuyo fin apénas preveía.

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

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

Ciceron fué el primero que se encargó de formarla, segun el testimonio de Gelio, *lib. 1 c. 22*, donde hace mencion de un tratado de aquel intitulado *De jure civili in artem redigendo;* pero no pudo llevarla á cabo este eminente varon. Pompeyo determinó despues lo mismo, acerca de lo cual dice Isidoro, *Orig. l. V. c. I, que aquel primer consul habia tratado de que las leyes fuesen reducidas á libros; pero que no habia persistido por miedo á los detractores;* aunque esta noticia no parece creible en atencion á que los autores antiguos nada dicen de esto. Más fuera de duda está que Julio César, siendo ya dictador perpetuo (1), pensó

(1) El dictator era el soberano magistrado de la antigua Roma en tiempo de la república, el cual se creaba en circunstancias críticas, y en los peligros estremos de ella, como cuando habia grandes sediciones, ó se veía la república acometida de enemigos poderosos. Nace la voz de este magistrado del verbo *dictar*, porque prescribia lo que era mas favorable á la república. Al principio solo se eligieron de entre los patricios, y Lucio Flavio fué el primero que en el año de 252 se creó en Roma; pero despues se eligieron de los plebeyos, y fué el primero Marcio Rutilio en el año de 397. El poder ó empleo de dictador solo duraba, miéntras existia la causa de su eleccion; pero si llegaba á seis meses, se procedia á elegir otro, por el rezelo de que no abusara de tan grande autoridad. Le nombraba el cónsul de órden del senado, escogiéndole de los cónsules que habian sido de integridad y mérito conocido; y la eleccion se hacia sin que el pueblo tuviese parte en ella, despues de haber consultado los auspicios. Tenia un poder absoluto; era árbitro de la guerra y de la paz; podia levantar tropas y licenciar el ejército, cuando le parecia conveniente; á nadie daba cuenta de sus acciones, y ejecutaba cuanto ordenaba, sin que se le pudiese hacer oposicion. Desde que era elegido, cesaban el mando y la autoridad de los magistrados, á escepcion de los tribunos de la plebe, ante quienes al-

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

Con mejores auspicios emprendió Justiniano lo que en vano habian intentado otros; motivo por el cual en el pr. de la *const. Tant. de const. Digest., se gloria de haber concluído, mediante Dios, lo que nadie ántes de él habia esperado, ni creido ser posible al ingenio humano.* Hai algunos que sienten el que en esta obra haya trabajado Justiniano y no Julio César,

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

quien siendo un varon lleno de ciencia, hubiera podido dar el Cuerpo del Derecho mas elegante que lo hizo Justiniano, príncipe del siglo VI, en cuya edad empezaba ya la barbarie á introducirse en el Imperio romano. Se pregunta pues, si César hubiera hecho á nuestra jurisprudencia mas servicios que Justiniano. No tenemos dificultad en confesar, que si César hubiera compilado esta obra, seria mas elegante, concisa y docta, pero no tan útil ni acomódada á nuestro foro. Porque, 1° aquel cuerpo no hubiera podido contener mas que el Derecho antiguo, puesto que el nuevo y el que hoi rige en las mismas materias, de que ya habia disposiciones en las leyes antiguas, se agregó despues de Julio César. 2° Careceríamos entónces de la mayor parte de los es-

guna vez se apeló del dictador, como en el caso que refiere Tito Livio en el libro 8, de que no pudiendo Marco Fabio traer á razon al dictador Lucio Papirio, apeló á los tribunos de l pueblo, y aún al mismo pueblo. Con el dictador estaba siempre su capitan de guardias, *magister equitum*, para socorrerle en cualquiera ocurrencia, ó para ejecutar sus órdenes. Se le concedian todos los derechos y distintivos de honor que tenian los reyes; y así es que iba precedido de los lictores; pero no podia salir de Italia sin perder su autoridad, ni se le permitia montar á caballo, á no ir al ejército; y cuando se hallaba en campaña se pagaban á costa de la república sus equipajes, secretarios, reyes de armas y demas oficiales de su comitiva. Así fué hasta que Sila se hizo elegir dictador perpetuo, y mandó que marcharan delante de él veinte y cuatro lictores, para tiranizar mas á su sabor al pueblo; y habiendo hecho lo mismo Julio César, fué suprimida esta dignidad cuatrocientos años despues de su creacion.

critos de los jurisconsultos, á saber de Papiniano, Juliano, Paulo, Ulpiano, etc., que vinieron despues de Julio César, y elevaron al mas alto grado de perfeccion la jurisprudencia. Debemos pues dar gracias á Dios de que al fin del siglo VI, cuando ya iba en decadencia el Imperio romano, determinase el emperador (1) Justiniano hacer formar esta obra, pues así poseemos el tesoro del Derecho novísimo y los fragmentos de los mas consumados jurisconsultos, esplicándose en

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

las escuelas un Derecho que tiene uso en el foro (1).

§. III. Hasta aquí hemos espuesto la parte del Proemio, que manifiesta las causas por que se formó el Cuerpo del Derecho justinianeo: tratemos ya de la otra que versa sobre el autor de esta memorable obra. Formóse bajo los auspicios de Justiniano, de cuya índole diremos algunas cosas en este párrafo, y de sus hazañas en el siguiente.

Fué Justiniano de nacimiento oscuro, oriundo de Iliria; pero elevado por la fortuna al mas alto grado de dignidad entre los hombres. Habiendo Justino, su tio materno, pasado de guardar puercos al servicio militar, y llegado por todos los grados de la milicia á la dignidad imperial, adoptó al hijo de una hermana suya (2),

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

(2) Así lo afirman varios escritores que florecieron despues

y le asoció al imperio, nombrándole nobilísimo césar (1). Muerto Justino, imperó solo, ocupando el trono cuarenta años, y escediendo en la gloria y felizidad de sus empresas á todos los príncipes sus antecesores. Pero discrepan mucho acerca de sus costumbres los escritores, tanto antiguos como modernos. Uno de los antiguos, Procopio, que en todas sus obras celebró el ingenio, prudencia, probidad y virtud de Justiniano, escribió posteriormente un libro que intituló *Anecdota*, el cual se publicó en Leon de Francia en 1623, con notas eruditas de Nicolas Aleman. En él pintó á Justiniano como un príncipe estúpido, enteramente dominado por su mujer, que era una prostituta, avaro, impío, y contaminado con toda clase de vicios. Esto produjo nuevas disputas. Así que esta obra vió la luz pública, la tuvieron algunos como dictada *ex tripode*, y otros la reputaron como una calumnia de Procopio. Qué juício pues debemos formar? La esencia y fundamento de la sabiduría consiste en no creer lijeramente. Justiniano no estuvo esento de lunares y vicios. Tuvo ciertamente al-

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

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

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

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

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

(2) La ciudad de Roma, fundada á las orillas del rio Tiber

la Italia. Procopio en los libros *De bello gothico, persico, vandalico,* y Agatías en la historia de aquellos tiempos describen las circunstancias de estas guerras. Con lo cual ya comprendemos los títulos que se da á sí mismo Justiniano en el principio de las Instituciones: ellos no indican, como hoi dia se acostumbra, las provincias que poseía, sino los pueblos que habia vencido en la guerra. Si se llama *alemánico, gótico, franco, germánico,* es porque habia derrotado á los godos, á quienes parece pagaban tributo los alemanes, franceses y germanos; y *alánico, vandálico* y *africano,* porque

por Rómulo, capitan de bandidos, se distinguió desde su principio por la violencia y robo de las sabinas, que los empeñó en una guerra; y lo que al principio fué necesidad, se convirtió poco á poco en pasion por las sucesivas victorias, formó el espíritu guerrero de aquel pueblo orgulloso, que de unas conquistas en otras llegó á ser el dominador del mundo, entónces conocido. Al principio su gobierno era monárquico moderado, y la nacion se regia por el rei, que era electivo, y en union con él gobernaba el senado, compuesto al principio solamente de patricios, miéntras el pueblo reunido tenia el poder legislativo, hasta que, cansados los romanos de la crueldad, avaricia é insolencia de Tarquino, llamado el soberbio, determinaron sacudir su yugo y libertarse de tal servidumbre, valiéndoles de pretesto la injuria que su hijo Sesto hizo al honor de Lucrecia; y así es que en el año 221 de la fundacion de Roma le espulsaron, abolieron el gobierno monárquico, y se erigieron en república, gobernada por dos cónsules, que se elegian todos los años, cuyo gobierno duró hasta Julio César, el cual lo mudó y estableció el imperio, llamado así á causa del dominio de los emperadores. Numa Pompilio, el mas sabio filósofo de sus reyes, creó la religion y el culto público, y ar-

habia deshecho á los vándalos y alanos en el África, y recobrado aquella provincia. Creen algunos que en lugar del título *ántico* debe leerse *póntico*, por haber vencido algunas naciones en el Ponto Euxino. Pero tampoco habrá inconveniente en atenerse al testo vulgar, porque tambien los antes habian esparcido el terror de su nombre en tiempo de Justiniano.

§. V. No fué este ménos esclarecido en la paz que en la guerra, pues reunió en un cuerpo el Derecho romano que estaba esparcido en innumerables volúmenes; de suerte que con razon se gloría en el *pr. Institut. proœm.*, de haber ennoblecido la majestad imperatoria con las armas, y fortificádola con las leyes. Así que pa-

regló la ciudad, constituyéndose en nacion durante sus reyes; pero erigida la república, la nacion ya fué esencialmente militar; y así es, que durante este gobierno, se hicieron las conquistas mas asombrosas, las que se terminaron en el reinado de Augusto César, por cuya razon se cerró el templo de Jano, hasta entónces abierto; y aún hoi dia, para manifestar que hai una paz general, se dice que hai una paz octaviana. Subyugadas todas las naciones de Oriente y Occidente, y no teniendo ya contra quién combatir, solo se cuidaron los romanos de disfrutar las inmensas riquezas que por medio de tantas conquistas habian adquirido y acumulado en la capital del Imperio; con lo que se afeminaron, se relajaron sus costumbres, la patria fué para ellos en adelante un nombre fantástico, y la severa disciplina de sus legiones se convirtió en una licencia absoluta, con la cual la soldadesca desenfrenada quitaba y ponia los emperadores á su antojo. La naturaleza guarda exactamente sus leyes, lo mismo en los cuerpos físicos que en los morales, y el Imperio romano, siendo un monstruoso

saremos á considerar por su órden los libros que mandó formar, para saber de qué partes se compone el Cuerpo del Derecho. El primer libro que mandó componer, fué el *Código justinianeo*, publicado en el año de 529. Llamábanse códigos los libros cuadrados, y dábase principalmente este nombre á los libros que contenian las constituciones de los emperadores. Ya ántes de Justiniano existian tres colecciones de estas constituciones: los Códigos *gregoriano*, *hermogeniano* y *teodosiano*. Los dos primeros, formados por au-

gigante, tenia que sucumbir por su propio peso; así fué que para contener las provincias mas remotas, sublevadas por las vejaciones de los empleados públicos, asalariaron tropas de los bárbaros, con lo que les abrieron la puerta para la dominacion, y estendiéndose los godos, vándalos, alanos y suevos, que son los que conocemos hoi por alemanes, húngaros, polacos, suecos, rusos, moldavos y valacos, por la Europa, vencieron, arrollaron y arrojaron de la Italia y Francia á los romanos, y en España los vándalos con su rei Gunderico, los alanos, mandados por Atasces, los suevos, bajo las órdenes de Armenerico, y los silingos, que tenian á su frente á su general Respéndias, entraron en ella en el año de 409 de Jesucristo, y se la repartieron; pero despues de continuas guerras, los vándalos pasaron al África, y, sometidos ó degollados los demas bárbaros por los godos, quedó toda la España por estos, y fundaron la monarquía española, que subsiste hasta nuestros dias, sin que ni Justiniano, ni ningun otro emperador romano los haya arrojado de ella; por cuya razon, cuando dice el autor que Justiniano destruyó el imperio de los godos, se debe entender el de Italia, la cual reconquistó en el año de 535, venciendo á los ostrogodos que se habian apoderado de ella; pero de ningun modo el reino que fundaron en España.

toridad privada, comprendian las constituciones de los emperadores gentiles desde Adriano hasta Constantino el Grande (1). El otro, compuesto por el emperador Teodosio el Jóven, contiene las cartas ó constituciones de los emperadores y príncipes cristianos. Aquellos hace tiempo que perecieron, á escepcion de algunos fragmentos conservados en la *Jurisprud. vet. ante-justin.* del sabio Antonio Schultingio, p. 685 y 709. Pero el Código teodosiano todavía subsiste, aunque incompleto, ilustrado con escelentes comentarios por Jacobo Gotofredo, y publicado en Leon el año de 1665. De estos tres códigos mandó Justiniano hacer uno mas sucinto, dando el encargo á Triboniano, excuestor del sacro palacio (2),

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

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

y gran jurisconsulto de aquellos tiempos, pero de religion gentil, segun opinan algunos; y quiso que de su nombre se llamara *Código justinianeo.*

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

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

Acerca de ella se deberá observar, 1° que las *Pandectas* son un libro que contiene las interpretaciones de

sino una reunion de hombres venales, sumisos y entregados enteramente á los caprichos de los emperadores.

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

los jurisconsultos antiguos. Así como el Código consta de las constituciones de los emperadores, así las Pandectas se compusieron de los fragmentos de las obras de Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino y otros jurisconsultos, por quienes están interpretadas las leyes y los derechos; y estos fragmentos tienen fuerza de lei, no en cuanto están escritos por los jurisconsultos (los cuales no tienen potestad legislatoria), sino en cuanto han sido publicados como leyes por el príncipe Justiniano, y recibidos despues en el foro. Y por eso es de notar el testo de la *L.* 2. §. 10. y *L.* 3. §. 10. *C. De veteri jur. enucl.*, donde dice Justiniano: *Autorizamos (todos estos fragmentos), de manera que aparezca como nuestro, y compuesto por nuestra voluntad, cuanto en ellos se halla escrito.*

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

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

4° Que para citar las Pandectas, primero se suele poner el número de la lei (los antiguos añadian tambien la palabra inicial), despues el número del párrafo, despues dos efes unidas (ff), ó esta señal (ℱ), ó una (D), signos de las Pandectas, y por último el título: por ejemplo, *L. Pomponius* 40. §. 4. *ff. De procurat.* No suele espresarse el número del libro ni del título; ni está recibido que se cite así *Lib. III. Digest. tit.* III. *Lex* 40. §. 4. Así que deberá procurar el legista familiarizarse con el órden de los títulos, porque de otra manera se verá mui embarazado al buscar las leyes (1).

§. VII. Cuando aún no se habian publicado las Pandectas salieron á luz en los años de 530, 531 y 532 las

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

Cincuenta Decisiones, acerca de las cuales examinaremos, 1° por qué se escribieron; 2° quién las escribió, y 3° dónde se hallan.

1° Las cincuenta decisiones tuvieron orígen de las sectas de los jurisconsultos. Es de saber que ya en tiempo de Augusto florecian en Roma dos mui célebres jurisconsultos, á quienes Tácito, *Annal.* l. *III. c.* 75. llama *dos ornamentos de la paz*, Antistio Labeon y Ateyo Capiton. Era el primero tan amante de la libertad, que Augusto, ni aún ofreciéndole el consulado, pudo atraerle á su partido, *L.* 2. §. 47. *De origine juris.* El segundo, *dotado de una índole que agrada á los que mandan, porque es condescendiente*, (Tac. *ib.*) adulaba á Augusto. Estos jurisconsultos disentian en muchas interpretaciones del Derecho. El principal discípulo de Capiton era Masurio Sabino, y de Labeon lo era Nerva (1), á quien sucedió Próculo. Como propagasen estos jurisconsultos en sus descendientes la doctrina de sus maestros, se llamaron *sabinianos* los primeros y *proculeyanos* los segundos. Á Sabino sucedió Cayo Casio Longino, y Pegaso á Próculo, de quienes recibieron estas sectas nuevos nombres, llamándose aquellos *casianos* y estos *pegasianos*. Unos y otros andaban mui desacordes en varios puntos principales del Derecho; por lo que, siendo este ambiguo é incierto, Justiniano para dar fin á tales controversias, publicó las Cincuenta decisiones, en las cuales unas vezes se adhirió al parecer de los proculeyanos, otras al de los sabinianos, y otras á ninguno de los dos partidos.

(1) Abuelo del que fué emperador.

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

3° Y dónde se hallan estas cincuenta decisiones?

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

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

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

§. VIII y IX. Por el mismo tiempo se escribieron las *Instituciones* ó *Instituta*, que ocupan el primer lugar en el Cuerpo del Derecho, cuyos autores fueron tres jurisconsultos de aquella edad, *Triboniano*, *Teófilo* y

Doroteo, los cuales sin embargo no las compusieron de nuevo, sino que tomaron una gran parte de ellas de los jurisconsultos antiguos, como Ulpiano, Florentino, Cayo, segun se advierte por los fragmentos que nos han quedado de las Instituciones de Cayo (1). Publicáronse las Instituciones en el año de 533, y recibieron su autoridad juntamente con las Pandectas. Y aunque se compusieron con el fin principal de que por ellas aprendiesen los jóvenes los elementos del Derecho en las tres academias de Roma, Constantinopla y Berito, recibieron tambien al mismo tiempo igual autoridad legal que tienen las constituciones de los príncipes (2), §. 6. *præm.*

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

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

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

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

Despues de haber sacado de la confusion en que estaban, y puesto en órden las constituciones imperiales, hemos redactado en un solo volúmen inmenso número de ellas, que fluctuaban, por decirlo así, en un vasto océano, y se ha acabado

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

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

§. X. Aquí pudieran haber cesado los desvelos de Justiniano, si Triboniano y sus consocios hubiesen tra-

bajado con mas cuidado; pero concluídos el Código, Pandectas é Instituciones, se vió inmediatamente que era defectuoso el Código justinianeo, y en muchos capítulos contrario á las Pandectas. Ningun otro remedio quedaba mas que hacer otro nuevo, y abolir el primero; lo que se verificó en el año de 534. Con esto se entiende lo que dijimos en el §. 5., de que ya no existe al presente el Código justinianeo, y tambien por qué el Código que existe en el Cuerpo del Derecho, se llama Código *Repetitæ prælectionis*, que no es otra cosa que el primero, revisado y enmendado cuidadosamente, y con muchas adiciones y espurgaciones. De donde proviene el que muchas vezes el Código sea citado en las Institu-

con el socorro divino en poco tiempo una obra intentada inútilmente por muchos.

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

ciones, y sin embargo no se halle el pasaje citado en el Código que tenemos; porque habiéndose compuesto el que existe, despues de las Instituciones, no pudo Justiniano citar en ellas mas que el primero. Suele citarse el Código, poniendo primero el número de la lei, y alguna vez el párrafo, despues la letra *C.*, signo del Código, y finalmente la rúbrica del título; v. gr. *L.* 42. §. 9. *C. De episc. et cleric.* El órden de las materias es casi el mismo en el Código que en el Digesto, y no hai mas diferencia sino que en el Código van al principio las constituciones de la santísima Trinidad, de las

tener el honor de obtener de vuestro mismo emperador el principio y fin del estudio de la jurisprudencia.

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

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

Hemos leído estos primeros elementos de la jurisprudencia, sacados de todas las instituciones de los antiguos jurisconsultos, y principalmente de nuestro Cayo, de sus memorias, compilaciones y comentarios, presentados por aquellos tres esclarecidos varones, y los aprobamos y les damos la misma autoridad que á nuestras propias leyes.

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

Dada en Constantinopla, á 30 de diciembre de 533.

iglesias, herejes y obispos; y que el Derecho público se trata en los libros XI y XII, que tienen de particular el que, si se cita alguna lei de ellos, se suele añadir el número del libro y el del título, v. gr. *L.* 1. *C. De fundis et saltibus rei dominicæ, lib. XI. tit.* 66.

§. XI y XII. Concluido ya el Cuerpo del Derecho, Justiniano sancionó, segun su costumbre otras muchas constituciones, que por ser posteriores á aquel, se llamaron *Novelas*. Casi todas se publicaron en lengua griega, á causa de ir ya cayendo poco á poco en desuso el idioma latino en el imperio de Oriente; no obstante algunas se publicaron en latin. Por lo demas existen tres ediciones de las *Novelas*: 1ª el testo griego que Escrimgero Escoto sacó de varios códices: 2ª la version latina hecha por Juliano, patricio y profesor, que vivió poco despues de Justiniano, la cúal se publicó en Paris en 1589, y 3ª la que se halla en el Cuerpo del Derecho, sin autor conocido, compuesta en estilo bárbaro y oscuro. No obstante debe observarse que, si bien las dos primeras ediciones son mas exactas y elegantes, solo la tercera está recibida en el foro en algunas partes, de suerte que goza de autoridad legal, aún cuando á vezes no esprese bien la mente de Justiniano. Con todo las otras ediciones son de suma utilidad para entender bien las novelas. Por lo demas las Novelas se suelen citar poniendo primero el número y despues el capítulo en esta forma, *Nov. CXVII. c. I.* (1)

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

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

(1) Estas Auténticas son de dos clases: doscientas diez son estractos de las Novelas de que habla el autor, y las trece restantes son estractos de las constituciones de los emperadores Federico primero y segundo de Alemania, hácia mediados y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Aún no se sabe á punto fijo quién las haya agregado, aunque es verosímil fuese Irnerio, jurisconsulto que en el siglo XII fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia (1). Citanse la Auténticas, poniendo primero la abreviatura *Auth.*, despues las iniciales, en seguida la letra *C.*, y finalmente la rúbrica del título en que se hallan: v. gr. *Auth. Ingressi monasteria, C. de SS. ecclesiis. Auth. Habita, C. Ne filius pro patre L. 4. t.* 15.

§ XIV. Tambien tenemos en el Cuerpo del Derecho los *Libros de los feudos* (2), aún cuando no pertenecen

fines del duodécimo siglo, y por esto se llaman *Authenticæ friedericianæ*, que en forma de estracto se insertaron en el Código por los catedráticos de Bolonia, y por ser mas recientes, son preferidas á las otras constituciones. Se conocen por la inscripcion *Nova constitutio Friederici*, y se citan como los estractos de las Novelas.

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

(2) Feudo, segun dice la lei 1. tít. 26. Part. 4, es bienfecho

al Derecho romano. En efecto los romanos no conocieron los feudos, pues son originariamente de institucion germánica, aunque despues se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII Gerardo Níger y Oberto de Orto, cónsules de Milan, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviese despues á florecer en Bolonia el estudio del Derecho, el jurisconsulto Hugolino agregó al Cuerpo del Derecho estos libros de los feudos como apéndice de las Novelas. De aquí provino, el que juntamente con el Cuerpo justinianeo fuese recibido en el foro este libro como Derecho feudal comun, por el cual se deberian decidir las controversias feudales, en caso de faltar costumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos, se pone primero el número del libro, despues la letra *F.*, y finalmente el número del capítulo, y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. *F.* 24. §. 2.

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

que da el Señor á algunt home, porque se torna su vasallo, et le face homenaje de serle leal: et tomó este nombre de fe, que debe siempre guardar el vasallo al Señor.

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

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

segun ellas; pero no hacerlas (1), porque la lei es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él. III°. *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estraños*. Se dice que la lei es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos indisputables axiomas se deducen muchas consecuencias acerca de la autoridad del Derecho, que vamos á esponer. Primeramente, de que la lei posterior derogue la anterior, se sigue 1° que el Código hermogeniano y gregoriano, de los cuales en el dia solo existen fragmentos, igualmente que el Código teodosiano que poseemos casi íntegro, no tienen al presente autoridad ninguna, pues conteniendo estos libros el Derecho antejustinianeo, los deroga el Derecho de Justiniano. Y de aquí es que estos códigos puden ser útiles para interpretar las leyes; pero no servir para el foro, aún cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código justinianeo; y segun la *L.* 2. § 19. *C. De vet. jur. enucl.* cometia el crímen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano, para

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

decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma 2° que las Novelas derogan la Instituta, Pandectas y Código; pues segun vimos en los §§ 11 y 12, son posteriores á todos los libros del Cuerpo del Derecho. Por ejemplo, en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder ab intestato de distinto modo que en la *Nov.* 118. Qué disposicion es la que se deberá seguir? La que se contiene en la Novela, porque la lei posterior deroga la anterior. 3° Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual, si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas *L.* 79. *De acquir. vel omitt. her.* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos; mas en los títulos del Código, *De bonis maternis* y *De bonis quæ liberi*, se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá? El del Código; porque la lei posterior deroga la anterior. 4° Derívase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogan mutuamente las Pandectas y las Instituciones, porque quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de diciembre de 533, *L.* 2. *C.* § 23 *De vet. jur. enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porque él mismo habia con prudencia dispuesto que se compusieran estos dos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á vezes

las Pandectas y las Instituciones, se pregunta, qué disposicion se deberá seguir? Dos son las reglas que han de observarse: 1ª *la Instituta tiene ménos autoridad que las Pandectas, por cuanto fué sacada de ellas*, pues siempre merece mas fe el original que el estracto. Así pues cuando se consideran las Pandectas como un original, de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion, cuando uno hace trigo de espigas ajenas*. Lo contrario se dice en la *L.* 7. *ff. De acquir. rer. dom.* Á qué libro daremos mas crédito? Á las Pandectas, porque se conoce que se sacó mui inexactamente de ellas este pasaje de las Instituciones. 2ª *Ceden las Pandectas á las Instituciones, siempre que aparezca que se hizo alguna inovacion por estas*, pues la lei posterior deroga la anterior. Si es por tanto cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin duda deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L.* 9 *y L.* 11. *ff. De manum. vindicta*, leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta*, aprobada que sea por el tribunal la causa que para ello tenga; y en el § 1. *Instit. Quibus ex causis manum. non licet*, se permite á los menores de diez y siete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá? La de las Instituciones; porque es claro que el emperador quiso abolir é inovar el Derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

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

De aquí nace la gran disputa de si las Auténticas convienen siempre con las Novelas. Algunos lo afirman y sostienen con empeño; pero no puede negarse que Irnerio, jurisconsulto semibárbaro, que trabajó el primero sobre el Derecho romano, cometió defectos y dejó muchas vezes de ser infalible. Siempre que sucede pues, que Irnerio dió á las Novelas un sentido distinto del verdadero, lo que no deja de ser frecuente (1), no tienen ninguna autoridad las Auténticas.

§ XVII. El tercero y último axioma es: *las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos; no á los estraños* (2). Por este axioma podrán resolverse

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

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

dos cuestiones. 1ª ¿Nos obliga á nosotros el Cuerpo del Derecho de Justiniano? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador. Porque este príncipe mandó en Oriente, y jamas dominó en Alemania, la Bélgica ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los germanos, belgas, galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, mui diversas de las romanas. Mas no obstante tiene autoridad el Derecho justinianeo (1), por haberlo recibido y sometídonos voluntá-

(1) Nada de esto sucede en España. En la *L.* 8 y *L.* 9. *tit.* 1. *lib.* 2 *del Fuero Juzgo*, se prohibe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, repitiéndose esta prohibicion en la *L.* 5 *t.* 6. *lib.* 1 *del Fuero Real*. — El sabio autor de las Partidas en la *L.* 6. *tit* 4. *Part.* 3, hablando de los juezes, dice « que los pleitos que vinieren ante ellos, los libren bien é « lealmente lo mas aina é mejor que supieren, é por las leyes « de este libro, é non por otras. » Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus dominios las leyes romanas, del mismo modo que lo habian hecho sus antepasados. — La *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Recop.* (1ª de Toro) espresa el órden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ellas los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la Novísima Recopilacion, y en falta de estas por los fueros que estén en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo he halla confirmado por la *Pragmática sancion del señor D. Felipe II de*

riamente á él, á causa de su equidad, usándolo en las cátedras, academias y en el foro, desde el siglo XIII y siguientes, como lo prueba Estruvio en su *Historia juris*. Dedúcese de esto que no todo el Derecho de Justiniano nos obliga, sino solamente el recibido; porque todas las naciones tienen sus estatutos, sus leyes propias, municipales, provinciales, usos y costumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos, etc.; mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los jueces recurrir subsidia-

14 *de marzo de* 1567; siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. —El auto acordado *de 4 de diciembre de* 1713, ponderando el abuso de citar autores estranjeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canónicas, que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice: « Lo « que es mas intolerable, es que les parece que en los tribu- « nales reales se debe dar mas estimacion á las leyes civiles y « canónicas..... que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, es- « tatutos y fueros de estos reinos; siendo así que las civiles « no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino senten- « cias de sabios, que solo pueden seguirse en defecto de lei, « y en cuanto se ayudan por el Derecho natural y confirman « el real, que propiamente es el Derecho comun, y no el de « los romanos, cuyas leyes ni las demas estrañas no deben ser « usadas ni guardadas, segun dice espresamente la *L.* 8. *tit.* 1. « *lib.* 2 *del Fuero Juzgo*; y la glosa de su comentador Alfonso « de Villadiego y otros refieren hubo lei en España que pro- « hibia con pena de la vida alegar en juicio alguna lei de los « romanos.... » — Por el mismo *auto* y la *L.* 1ª *de Toro* se ve que cuando ocurre duda sobre alguna lei real, ó en falta de esta, se acude al príncipe para que interprete y provea. —

riamente al Derecho romano (1). 2ª La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase, si estas Novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en Occidente las leyes de los emperadores de Oriente, porque la misma autoridad tenia Justiniano (que vivió ántes de Carlo Magno) para darnos leyes, que Leon el Sabio. La verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido, pero al cuerpo justinianeo del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fué cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á la luz en el siglo XV, fué

La *L.* 3. *tit.* 2. *lib.* 3. *Nov. Recopil.* (2ª de Toro) manda á los jurisconsultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas, *pues por ellas*, dice la lei, *y no por otras han de juzgar*.—A pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del Derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra.—El *decreto del señor D. Felipe V de* 1713, y el *auto acordado de* 29 *de mayo de* 1741 mandan se enseñe el Derecho español en nuestras universidades, donde se habia de permitir el estudio de las leyes romanas *para mayor ilustracion y noticia del que fuese aplicado*. Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar el Derecho romano.

(1) Véase la nota anterior.

el esclarecido ornamento de la Frigia, Vigilio Zuichemo. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del Cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

LIBRO PRIMERO.

TITULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

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

I. En las Instituciones y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que todo el que se dedica á cualquier ramo, tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felizidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor de-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el esclarecido ornamento de la Frigia, Vigilio Zuichemo. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del Cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.

LIBRO PRIMERO.

TITULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

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

I. En las Instituciones y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que todo el que se dedica á cualquier ramo, tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felizidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor de-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§ XIX. Pero qué es esta justicia? En las Instituciones y en el Digesto se define diciendo, que es la *voluntad constante y perpetua de dar á cada uno su derecho* (1). Buena definicion, con tal que se entienda como se debe. Está tomada de la filosofía estoica, que seguian la mayor parte de los jurisconsultos antiguos; y para los estoicos toda virtud era *una constante y perpetua voluntad*, pues tenian siempre por malo al que lo era una vez. De aquí es que Ciceron *Parad. III. c.* 1. donde examina los principios de los estoicos, dice: *que solo la virtud guarda conveniencia con la razon y perpetua constancia.* ¿Qué otra cosa es esto mas que una constante y perpetua voluntad? Luego cuando se dice en la definicion que la *justicia* es

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

una voluntad constante y perpetua, es lo mismo que si se dijera que la justicia es una virtud, de manera que esto es el género de la definicion. La diferencia específica es : *de dar á cada uno su derecho :* en lo cual se diferencia la justicia de las demas virtudes, pues la piedad da culto á Dios, la templanza da al templado lo que pide la virtud y la honestidad, y la justicia da al prójimo lo que se le debe. Luego es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno su derecho. Con todo eso no es fuera de propósito averiguar, si esta definicion es perfecta, y si la justicia definida de este modo es el fin de la jurisprudencia. Para entender la cuestion, conviene saber que la *justicia* es de dos maneras, *moral* y *civil*. La *moral* es una virtud que consiste en la mente, ó un hábito del ánimo, por el cual uno arregla sus acciones á la lei. Luego no es justo en este sentido aquel que cumple sus obligaciones esternas para con los demas, á no hacerlo por amor de la virtud y con buena intencion. El fariseo, por ejemplo, que se alababa de no ser robador, ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo, porque no se abstenia de estas depravadas acciones por amor de la virtud, sino por hipocresía. Al contrario se llama justicia *civil*, cuando arregla uno las acciones esternas á la lei, de suerte que da á cada uno lo suyo, aún cuando no lo haga por amor de la virtud ó con buena intencion, sino por miedo del castigo. Por consiguiente si uno paga al magistrado los tributos, si no daña á ningun conciudadano, ni mata á nadie, ni comete hurtos ni rapiñas,

será civilmente justo, aunque haga todo esto con repugnancia, aún cuando sea hipócrita, y aún ateo. Ahora bien, cuales son los medios, tal es el fin. Los medios que facilita la jurisprudencia, son las penas y los premios, *L.* 1. § 1. *ff. De just. et jure;* estos á ninguno pueden hacer moral, sino civilmente justo, porque en el foro nadie sufre pena por sus pensamientos, *L.* 18. *ff. De pœnis :* luego la justicia civil es el fin de la jurisprudencia, sin embargo de que la justicia que en nuestro Derecho se define, es la moral, que seguramente no se obtiene por los preceptos de la jurisprudencia. ¿Cómo pues se podrá definir la justicia civil que es el fin de esta? Diciendo que es *la conformidad de las acciones esternas con las leyes, en virtud de la cual no se daña á nadie y se da á cada uno lo que es suyo.*

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

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

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

Por el contrario, atributriz es la que da á cada uno

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

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

derecho al mendigo, cuando alguno le niega la limosna.

§. XXII. Tratamos tambien ahora de los tres preceptos del Derecho que se refieren en el §. 3. *Instit. h. t.* y en la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*, porque se pueden esplicar fácilmente por esta primera division de la justicia. Estos tres preceptos son *vivir honestamente*, *no hacer daño á nadie*, y *dar á cada uno lo suyo*. Pudiera alguno preguntar, por qué razon los jurisconsultos mencionan solamente estos tres preceptos, cuando les sería fácil enumerar muchos mas, como guardar los pactos, etc. Pero los jurisconsultos discurrieron mui bien. La justicia ó es atributriz ó espletriz. La atributriz comprende los deberes imperfectos que se derivan de la honestidad: de aquí el precepto del Derecho: *Vivir honestamente*. La espletriz versa acerca de los deberes perfectos. O nos manda abstenernos de los vicios prohibidos por la lei, ó hacer lo que las leyes nos prescriben. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la lei, obedece al precepto, *No hacer daño á nadie:* el que hace lo que las leyes mandan, cumple con el precepto, *Dar á cada uno lo suyo*. Luego estos son verdaderamente los genuínos principios del Derecho en general, á que pueden referirse todas las doctrinas de la jurisprudencia, y de los cuales únicamente se deducen estas. Aquel, por ejemplo, que se abstiene de hurtos, rapiñas, daños, injurias, es justo, pues á nadie daña: el que cumple los contratos y guarda los pactos, es justo, porque da á cada uno lo que es suyo. El que

obra en la república como buen ciudadano, procura servir á la patria, observar el culto divino, vivir con templanza y modestia, es justo, pues que vive honestamente; de suerte que estos tres preceptos contienen mas verdades de lo que vulgarmente se piensa (1).

§. XXIII. Síguese la otra division de la justicia, la cual segun el parecer de los doctores, ó es universal ó particular: y esta se subdivide en conmutativa y distributiva; pero ambas divisiones son inexactas. Examinemos las definiciones, siguiendo la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está sacada la division. Segun este filósofo, *Eth.* 1, *la universal* es el ejercicio de todas las virtudes para con los demas. Luego si uno es justo, y liberal, y humano, y modesto, será un varon justo en cuanto á la justicia universal. *Particular* es la que reprime la avaricia; de suerte que en los bienes esternos no da á uno mas utilidad, ni causa á otro mas gravámenes que lo que es justo. Por ejemplo, si uno distribuyendo cargos, honores, premios, no se en-

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

trega á la avaricia, sino que da á cada uno lo suyo, dícese que ama la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva. *Conmutativa* es la que mira á la cosa, no á las cualidades de la persona, de suerte que observa una igualdad perfecta, como sucede en los contratos. Por ejemplo, el panadero vende el pan al senador á igual precio que al zapatero; si obrase de otra manera, seria injusto. Al contrario, *distributiva* es la que mira á las cualidades de la persona, y observa una igualdad geométrica. Por ejemplo, el príncipe distribuye los cargos y oficios en la sociedad: al uno hace consejero, al otro secretario, cónsul al tercero, al cuarto pretor, al quinto carnicero. Pero ¿será por ventura injusto, porque no ha observado igualdad, haciendo á uno consejero, siendo todos hombres, y todos ciudadanos? Al reves, seria injusto, si diera á todos los mismos empleos, pues en la distribucion de honores, premios y penas, no se debe mirar solo á la cosa, sino tambien á la calidad de la persona. Así como no de cualquier madera se hace una estatua, tampoco de cualquier hombre un consejero, un secretario, un cónsul ó un carnicero. Así discurren los doctores, siguiendo á Aristóteles; y se pregunta, si se deberá aprobar esta division. No solo decimos que fácilmente podemos pasar sin ella, pues que basta la primera sacada de las obras de Grocio, sino tambien que no es exacta. Porque, 1° en las divisiones un miembro no debe contener al otro. ¿Qué absurdo no seria que dividiésemos al hombre en todo el hombre y su dedo auricular? Lo mismo puede

decirse de esta division, segun la cual la justicia es ó universal, que comprende en sí todas las virtudes, ó particular, que versa sobre la que es contraria á la avaricia. 2° Es falso, como enseñó mui bien Hugo Grocio *De jur. B. et P. l. 1. c.* 1. §. 8, que la justicia distributiva se halle en los premios y penas, y la conmutativa en los contratos. Por ejemplo, el hurto se paga por Derecho romano con el duplo. Supongamos ahora que un ladron es tan diestro, que parece tener todo su ingenio puesto en los dedos, y otro tan estúpido, que tan solo descubrimos que tiene alma, porque no está muerto: ¿por ventura se castigará por eso á este con el triplo, cuádruplo ó quíntuplo? Finalmente supongamos que Pedro, siervo, tiene tres señores, Juan, Diego y Pelayo; que Juan tiene en él la mitad, y Diego y Pelayo cada uno la cuarta parte. Pedro estipuló para sus señores ciento. ¿Acaso se distribuirá esta suma igualmente entre sus señores, porque proviene de un contrato la obligacion? No por cierto; Juan recibirá cincuenta, y los otros dos veinte y cinco cada uno, §. 3. *Inst. De stip. serv.* Tenemos pues ejemplos en que se observa una perfecta igualdad en distribuir: en los contratos solo se observa la geométrica. Luego mui bien podemos carecer de una division tan inexacta.

§. XXIV y XXV. Pasemos á la segunda parte de este título, que trata de la jurisprudencia. De esta daremos dos definiciones; una antigua que trae el §. 1. *Inst. h. t.* y la *L.* 10. §. 1. *ff. h. t.*, y otra nueva hecha por nosotros, por ser aquella poco exacta. Defínela Ulpiano

en dicha *lei* 10. §. 1. diciendo, que la jurisprudencia *es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto* (1). El conocimiento de las cosas divinas y humanas no es mas que la filosofía que definen así todos los antiguos, y Ulpiano la toma como género. Mas por cuanto la filosofía trata

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

de lo verdadero y de lo falso en la lógica, de lo bueno y malo en la filosofía moral, de lo útil en la política, de las cosas naturales en la física, cuyas ciencias no abraza la jurisprudencia, añade como diferencia específica *el conocimiento de lo justo y de lo injusto;* de suerte que el sentido viene á ser, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto. Así Ulpiano, pero con poco acierto, 1° porque es falso que la jurisprudencia sea ni filosofía ni alguna parte de ella; pues la filosofía solo deduce sus doctrinas de la recta razon, como único principio de conocerlas, y la jurisprudencia de la lei escrita, aún cuando no sean conocidas por la recta razon. Si, por ejemplo, enseña la jurisprudencia que se debe ahorcar al ladron, será justo, porque lo manda la lei, aunque no lo dicte la recta razon. 2° Esta definicion trae su orígen de la emulacion que antiguamente hubo entre los filósofos y los jurisconsultos, que se despreciaban unos á otros, segun es de ver por la *L.* 1. §. 1. *ff. De just. et jure,* la *L.* 8. §. 4. *De excus. tut.* y la *L.* 1. §. 5. *ff. De extr. cogn.* Los jurisconsultos juzgaban seguir la verdadera filosofía, porque procuraban hacer mejores á los hombres por medio de los premios y los castigos, *D. L.* 1. §. 1. *ff. De just. et jure.* Á cuyo dictámen se adhirió el filósofo Eufrátes, segun refiere Plinio en el *lib.* 1. *ep.* X. afirmando, *ser una parte de la filosofía, la mas escelente sin duda, tratar de los negocios públicos, conocer, juzgar, promover y ejercer la justicia, y praticar las mismas cosas que se*

enseñan; cuyo oficio es el de los jurisconsultos. Y así esta emulacion entre los jurisconsultos y los filosofos es la verdadera razon, por que Ulpiano definió la jurisprudencia dándole los atributos que los filósofos juzgaban propios de la filosofía. Pero una definicion producida por la rivalidad es la mayor parte de las vezes defectuosa y poco exacta.

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

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

§. XXVIII. Interpretar es saber el espíritu y fuerza de las leyes, mas bien que atenerse á lo literal de ellas (2),

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

(2) « Entender se deben las leyes bien, é derechamente, to- « mando siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana « parte é mas provechosa, segund las palabras que y fueren « puestas. É por esta razon no se deben escribir por abrevia- « duras, mas por palabras cumplidas; é por ende dijeron los « sabios que el saber de las leyes, non es tan solamente en

L. 17. *ff. De legibus.* La interpretacion pues, ó la hace el legislador, y entónces se llama *auténtica;* ó el juez, y se llama *usual;* ó el jurisconsulto, y se dice *doctrinal. Auténtica* es, cuando la lei es tan oscura que es preciso consultar al legislador para saber qué sentido le quiso dar (1). De esta interpretacion trata la *L.* 11. *ff. De leg.* Por ejemplo, dispone la lei que solo el dueño pueda perseguir la cosa hurtada, *L.* 1. *ff. De condictione furtiva;* pero habia ya perecido parte de lo que se habia hurtado, y el juez dudaba, si en este caso tenia lugar el rigor de la lei, y así se consultó al emperador Alejandro, quien por la *L.* 1. *C. De his quæ vi metusque causâ*, mandó que se pudiera perseguir la cosa hurtada, aún cuando hubiese perecido.

Usual es, cuando el juez interpreta las leyes por las

« aprender é decorar las letras dellas, mas el verdadero en-« tendimiento dellas. *L.* 13. *tit.* 1. *Part.* 1.

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

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

causas juzgadas ántes (1); de cuya interpretacion se trata en la *L.* 12. *ff. De legibus.* De aquí es que se consultan muchas vezes las decisiones antiguas, y se saca de ellas la interpretacion, siempre que en la curia se suscita alguna duda sobre el modo de interpretar tal ó cual lei; y esta interpretacion se llama usual, porque se toma del uso ó de la práctica pasada.

Llámase finalmente *doctrinal,* cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la lei (2) segun las reglas de la

(1) « Optima lex, quæ minimum relinquit arbitrio judicis, « optimus judex qui minimum sibi. » La mejor lei es la que ménos deja al arbitrio del juez; y el mejor juez, el que ménos deja al suyo propio. *Bacon. Legum, Leges aphor.* 46.

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

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

El jurisconsulto debe tener presentes las reglas siguientes para la interpretacion de las leyes: 1ª No eludir el tenor literal de la lei so pretesto de penetrar su espíritu. 2ª La equidad

recta interpretacion, de que habla la *L.* 13. *ff. De LL.* Á esta interpretacion pertenecen todos los comentarios á las leyes y los escritos de los jurisconsultos, los cuales tienen alguna autoridad, cuando observan las reglas de la buena interpretacion, pues valen tanto cuanto valen las razones alegadas en ellos. La *doctrinal* es de tres maneras, *estensiva*, *restrictiva* y *declarativa*. *Estensiva* es, cuando se estiende mas la razon de la lei que sus palabras, y por lo mismo la interpretacion comprende casos que no están espresados en la lei. Por ejemplo, si prohibiera el príncipe bajo la pena de confiscacion de bienes, que nadie estrajese trigo de su reino, y un comerciante movido del interes, esportase el trigo en harinas, incurrirá en la pena, aún cuando la lei no mencione las harinas; porque siendo el objeto del legislador que no se vea el reino afligido por la carestía del trigo, sufriria lo mismo estraído este, que estraída la harina. Al contrario *restrictiva* es, cuando las palabras de la lei se estienden mas que la razon que la motivó, y así por la interpretacion se escluye el caso

judicial, que consiste en la lei natural, cuando no existe una positiva, ó en la parte en que esta es oscura ó insuficiente. 3ª Atender al espíritu del legislador; que deducirá de las creencias y opiniones de la época en que se dictó la lei, de los motivos incluídos en su preámbulo y de las demas leyes contemporáneas. 4ª Ampliar todo lo que haya considerado favorable el legislador y restringir todo lo odioso. 5ª Estender la lei de un caso á otro igual. 6ª No ampliar las leyes perniciosas sino de lo mas á lo ménos. 7ª Ampliar las leyes prohibitivas de lo ménos á lo mas.

comprendido en el testo literal, por no ser el objeto del legislador. Por ejemplo, en Bolonia habia una lei, segun refiere Ever. *Topic. legat. lib. II. tit.* 8, que condenaba á muerte á todo el que darramase sangre en la plaza pública. Habiendo sido atacado uno de hemiplejía en la plaza pública, le sangró allí mismo un barbero; ¿incurrió este en la pena? No por cierto, aún cuando estuviese comprendido en la palabras generales de la lei. Porque la razon de esta era la seguridad pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena. Finalmente es *declarativa*, cuando las palabras de la lei indican lo mismo que se propuso el legislador al dictarla, y así solo se necesita esplicar las palabras para entenderla bien. Hai una que dice: téngase por lei lo que disponga el padre de familias acerca de sus bienes ó la tutela de sus hijos. Aquí se entenderá toda la lei con esplicar quién es padre de familias, y qué se entiende por bienes y por hijos.

§. XXIX. Á la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, *lib.* I. *De orat. c.* 18. en qué consiste. Se dice que aplica el Derecho, ó segun la frase de hoi, está versado en la práctica, aquel que está instruído en el Derecho lo suficiente, 1º para *responder*, cuyo encargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que los consultan sobre varios casos: 2º para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros:

3º para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto: 4º nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los jueces, quienes oido el derecho de las partes y probados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es jurisconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

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

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

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

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

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

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

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

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

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

§. XXXVI y XXXVII. Vamos ahora á ver 1° cuál es

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

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

la definicion que en el Derecho romano se da del Derecho natural y del de gentes, §. 36-39. 2º Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40 y 41. El Derecho natural, en sentir de Ulpiano *L. I. §. 3. ff. De just. et jur.* y de Justiniano *pr. Inst. h. t.*, es *el que la naturaleza enseñó á todos los animales* (1), y Derecho de gentes *el que es comun á solos los hombres entre sí* (2). Pero contra estas definiciones hai mucho que objetar. Porque 1º los animales brutos están destituídos de razon; y los que carecen de razon, no pueden ser obligados con leyes. ¿Quién prescribiria leyes á un árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un macho de cabrío para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapazes de Derecho, y por tanto es falso que la naturaleza ha enseñado el Derecho natural á todos los animales.

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

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

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

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

¿Cómo pues incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los estoicos, á quienes siguieron los jurisconsultos, concedian racionalidad á los brutos. Pero ni los estoicos hicieron semejante cosa, como nos lo enseña el libro de Plutarco intitulado *De solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L. 1. §. 3. ff. Si quadr. paup. fec.* dicen que los brutos carecen de entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estoicos y de los jurisconsultos, fué como sigue: vivir segun el Derecho natural, es vivir segun la naturaleza; la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre ó propia del hombre: vivir segun aquella es vivir segun el Derecho de la naturaleza; vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del Derecho de gentes. Y de aquí nacen las dos definiciones que hemos dado: por ejemplo, defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres; luego es del Derecho natural. Pero guardar los pactos es propio de la naturaleza humana, porque los brutos no pactan; luego es del Derecho de gentes. Por la *L. 1. §. 3. 4. ff. De just. et jure* se ve claramente que esta fué la verdadera opinion de los juris-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§. XXXVIII y XXXIX. De dos modos era para los antiguos el Derecho de gentes, primario y secundario (1). *Primario es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igual-*

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

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

mente por todos, §. 5. *Inst. h. t. Secundario* es el *que se ha introducido por exigirlo el uso y necesidades humanas*, §. 1. *Inst. eod.* (1). Luego se diferencian estos derechos 1° por razon del orígen: el primario proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor: el secundario, lo introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos; mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del Derecho de gentes primario, y la segunda del secundario. 2° Se diferencian por la materia. El derecho primario es absoluto, porque obliga absolutamente al hombre como hombre: por ejemplo, la religion para con Dios, la santidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético: no existiria, si no supusiéramos ciertas necesidades ó cierto estado de cosas. Así por ejemplo, el hurto no estaria prohibido, si no supusiéramos introducido el dominio de las cosas; la guerra

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

Aqui se considera el Derecho de gentes, ó de la especie humana, como un derecho privado, y por lo mismo en un sentido mui diferente de aquella parte del Derecho público, que conocemos en la actualidad con el nombre de Derecho de gentes ó internacional.

no seria de derecho, si no diéramos por supuesto un estado en que los hombres no reconocen el fallo de los jueces.

§. XL. Hasta aquí hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del Derecho de la *naturaleza* y *de las gentes;* pero ¿no se podrán definir mas exactamente ambos derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modermos cultivaron con mas esmero el Derecho de la naturaleza, advirtieron que su definicion no debia tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este derecho por la recta razon, se definirá mui bien diciendo, que es *un derecho promulgado por el mismo Dios al género humano por medio de la recta razon.* Casi del mismo modo formó el Apóstol idea del Derecho de la naturaleza, cuando lo llamó lei escrita hasta en el corazon de los gentiles, *Rom. c.* 2. *v.* 15. Y se dice que este derecho está escrito en el corazon de todos, en el sentido de que lo conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultarla. Por esta definicion vemos igualmente, 1° que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio *De jur. B. et P.* §. 11. *proleg.* que habria algun Derecho de la naturaleza, aún cuando dijésemos lo que no se puede decir sin gran impiedad, que no hai Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon, porque Derecho es la union de todas las leyes de un mismo genero (§. 33.); luego donde no hai ninguna lei, no hai ningun Derecho: y ninguna lei seguramente puede haber, donde no hai ningun legislador, donde no hai Dios: luego no existiendo Dios, no existe el Derecho de la naturaleza. Es verdad que podria el ateo, aunque negase la existencia de Dios, vivir segun los preceptos del Derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entónces no lo haria por obediencia al Derecho, sino por su propia utilidad, porque veria que de otro modo no podria vivir en sociedad. Por esta definicion vemos tambien 2° que el Derecho de la naturaleza es inmutable, §. 11. *Inst. h. t.* puesto que lo es la voluntad de Dios, de donde nace, y la razon, por cuyo medio se promulga. Si se mudase el Derecho de la naturaleza, ó Dios dejaria de ser Dios, ó el Derecho de la naturaleza conforme, ántes de la mudanza, con la razon, seria contrario á esta despues de la mudanza, lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el Derecho de la naturaleza. Pero en la *L.* 6. *pr. ff. De just. et jure* ¿no se dice que se muda por el Derecho civil? No por cierto; porque 1° se distingue entre el Derecho natural *permisivo* y el *preceptivo.* El género humano puede renunciar el *permisivo*, como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo.* Y de aquel habla principalmente la *L.* 6. *pr.* Por ejemplo, hai una lei preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna lei civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendria lugar el dicho de los apóstoles, *Act. c.* 5. *v.* 29.: *ántes se debe obedecer á Dios que á los hom-*

bres. 2° Deberáse distinguir entre mudar el derecho, y atemperarlo al estado de la república. No puede hacerse lo primero; pero sí puede hacer lo segundo cualquier legislador, porque deja intacto el Derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del Derecho natural. El Derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta estipulacion. Luego no muda la regla, sino que añade la circunstancia que parecia exigir el estado de la república. Y de esta atemperacion del Derecho natural al estado civil es de la que habla *d. L. 6. pr. De just. et jure*.

§. XLI. Hemos definido el Derecho natural: ¿cómo definiremos el de gentes? Diciendo que es *el mismo Derecho natural aplicado á los negocios y causas de todas las naciones*. Luego el Derecho natural y de gentes no son dos derechos diversos, como creyeron los antiguos jurisconsultos escolásticos, y el mismo Grocio; sino uno y mismo derecho, llamado ya Derecho natural, ya de gentes, segun el diverso objeto á que se aplica. Si concierne á los negocios y causas de los particulares, se llama Derecho natural; y Derecho de gentes, si á los de las naciones: v. gr. el guardarse los pactos es una lei del Derecho natural. Si suponemos que Pedro prometió á Juan cien escudos, y no se los dió, diremos que Pedro violó el derecho de la naturaleza, porque ambos á dos son particulares; mas si suponemos una confederacion entre la España y la Francia, y que cualquier de ellas no cumplió con las condiciones de la confederacion, diremos que quebrantó el Derecho de gentes: y con todo eso un mismo Derecho es el que manda cumplir ambos pactos. Algunos objetan sin embargo que las cosas que son del Derecho de gentes secundario, no pueden derivarse del Derecho natural, v. gr. las guerras, la esclavitud, etc.; y que por tanto se da un Derecho de gentes diverso del Derecho natural. Debe verse á Samuel Rachelio en su *Diss. singul. De jure gentium*, y á B. Hubero en las *Digress. lib. 5. c. 9*. Pero ya demostró Pufendorf que todas aquellas cosas que solian referirse al Derecho de gentes secundario, ó eran verdaderamente del Derecho natural, como la guerra, ó solamente se derivaban de las costumbres de las naciones, y por lo mismo eran mas del Derecho civil que del de gentes, v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura, etc. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido, que no hai Derecho de gentes diverso del Derecho natural.

§. XLII. Volvamos á la division anterior. El Derecho era ó divino ó humano: el divino se dividia en natural y positivo. Hasta aquí hemos tratado del natural, síguese ya el positivo. El Derecho divino positivo es *aquel que promulgado por las sagradas Escrituras* (1) *no se conoce por sola la recta razon*. Luego se diferencia muchísimo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues 1° el natural está promulgado por la

(1) Y las *tradiciones*. V. el lug. cit. del Conc. trid.

razon, y el positivo por las sagradas Escrituras (1). 2° Aquel es de perpetua necesidad, y así está unido con la recta razon, para que con ella sola lo conozcan aún los mismos gentiles. Pero este último no es de perpetua necesidad, sino que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraria el hombre que tal cosa es justa, á no enseñárselo las sagradas Escrituras (2); v. gr. los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros, eran leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podria dictar á los judíos que era ilícito comer puerco ó liebre, á no habérselo revelado la Escritura. Este Derecho divino positivo se divide en *universal* y *particular*. Llaman *universal* al que es comun á todo el género humano, v. gr., las leyes del *Génes. v.* 9. *c.* 6. *Levit. c.* 18. *v.* 20. *Particular* al que es propio de la nacion judaica, v. gr. las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceremoniales y forenses. Hai algunos que ponen objeciones á este derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar debe tratarse de esta controversia, que no está al alcance de los principiantes.

§. XLIII. Pasemos al Derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este título. Dícese que el Derecho civil es *el que cada pueblo establece para sí mismo,*

(1) Ó por la *tradicion*. V. el lugar citado del Conc. trid.

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

y es propio de cada ciudad, *L.* 9. *ff. De just. et jure* (1). Así que se diferencia del Derecho natural y de gentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sino que es comun á todo el género humano. Efectivamente cada nacion de por sí manda ó prohibe muchas cosas, que ni son torpes ni honestas; pero que empiezan á ser justas, porque lo exige la utilidad de la república. Por ejemplo, el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el Derecho civil de muchas naciones, miéntras que otras lo permiten. Así el servir en la milicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo la lei romana mandaba á todos los ingenuos militar por cierto número de años. Luego todas las leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas son de Derecho civil. De aquí se deduce, 1° que el Derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porque tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. 2° Que hai tantos Derechos civiles como ciudades ó repúblicas. No obstante, 3° por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al Derecho romano por su grande equidad, este Derecho se llama por escelencia *Derecho civil*, y tambien *Derecho comun*. Y así cuando hablamos del Derecho civil ó comun, la mayor parte de la vezes nos referimos al Derecho romano.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

§. XLIV. Este Derecho civil se divide en escrito y no escrito (1). Pero ante todas cosas debe notarse, que aquí no se toma gramaticalmente la palabra *escribir* por estender en el papel los pensamientos, pues hai Derecho escrito, que nunca se ha reducido á letras, y lo hai no escrito, que está consignado en escritura; v. gr. las costumbres feudales que se hallan en el Cuerpo del Derecho. Pues ¿qué entienden los jurisconsultos por *escribir*, si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar;* Derecho *escrito* quiere decir *promulgado;* Derecho *no escrito, no promulgado;* cuya significacion no fué desconocida de los griegos. Luego de cualquier modo que el Derecho se haya promulgado espresamente, bien sea por medio de la escritura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama Derecho escrito, ó reducido á escritura. Así es, por ejemplo, que los lacedemonios usaron de Derecho escrito, aunque jamas se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el Derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, háyase ó no reducido á escrito, se llamará Derecho no escrito, como las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 10. *Inst. h. t.* derivó con poca exactitud esta division del Derecho de las costumbres de los lacedemonios y atenienses, como si aquellos hubieran usado del Derecho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regian por Derecho escrito, puesto que Licurgo, igualmente que Solon, habia promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el Derecho no escrito en el sentido gramatical; en cuya suposicion no cabe duba que los atenienses usaron del Derecho escrito, y los lacedemonios del no escrito. Mas entónces será falso que esta division traiga su orígen de aquellas ciudades.

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

§. XLV. Seis son las especies del Derecho escrito (1): 1° lei, de la cual se trata en el §. 46.; 2° plebiscito, §. 47.; 3° senadoconsulto, §. 48-50.; 4° decretos de los príncipes ó constituciones, §. 51-63.; 5° edictos de los magistrados, §. 64-66., y finalmente 6° las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este órden se enumeran en el §. 3. *Inst. h. t.* las especies del Derecho escrito. Pero puede nacer alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es Derecho escrito el originado de las respuestas de los prudentes; por el contrario la *L.* 2. §. 5. y 12. *ff.*

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

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

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

(*como lo pides*). Despues 7° iban separadamente los ciudadanos por curias (1) ó centurias, y echaban en una

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

TRIBUS.

Luego que Rómulo fundó su ciudad, mandó numerar los ciudadanos, que solo eran mil de á pié y trescientos de caballería, dividiéndolos en tres tribus iguales. El robo de las sabinas, que fué á los tres meses de su establecimiento, y las victorias primeras que consiguió contra los ceninianos, atemnatas y cruztinianos, aumentaron insensiblemente su número; de modo que ántes de concluir Rómulo su reinado, se

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cestilla una de las dos tablas. Por consiguiente era válido lo que querian los ciudadanos, aprobando la lei ó

contaban en Roma cuarenta y siete mil hombres, todos soldados de igual espíritu y valor. Considerando Tarquino Prisco, quinto rei de Roma, el mucho aumento á que habia llegado la ciudad y pueblo romano, añadió tres tribus á las que Rómulo habia establecido, cuyo número fué creciendo de tal modo, que en el año 512 de Roma se contaban ya treinta y cinco, y las unas se llamaban en latin *urbanæ*, esto es, de la ciudad, y las otras *rusticæ*, del campo: de modo que los que habitaban en Roma, componian las tribus urbanas, y los que vivian en la campaña, las rústicas; pero las tribus urbanas, que fueron al principio las mas distinguidas, se vieron en adelante las mas despreciadas; porque siendo censor Apio Claudio en el año 446 de la fundacion de Roma, y queriendo poner al pueblo de su partido, introdujo en ellas á los mas ínfimos de la plebe de la ciudad; de donde retirándose las mas antiguas y considerables familias, quisieron mejor entrar ó alistarse en las tribus rústicas ó del campo, en donde poseian sus bienes. Esto fué causa de que la voz *tribu* no indicara en adelante la residencia de los que la componian, sino la parte del pueblo á que pertenecian, y solo quedaron cuatro urbanas ó de la ciudad, que se llamaban en latin, *suburbana*, *esquilina*, *colina* y *palatina*, de los cuatro cuarteles de la ciudad. Las otras treinta y una tribus eran rústicas, y tomaban el nombre de algun lugar ó de alguna familia ilustre. Estas tribus se juntaban de ordinario en el campo de Marte ó en la plaza de Roma, para elegir los magistrados de segundo órden, como tribunos del pueblo, ediles, triunviros, procónsules, etc., para establecer las leyes que llamaban *plebiscita*, y para otros asuntos semejantes. Estas juntas se llamaban en latin *comitia tributa*, por tribus, y eran diferentes de las que celebraba el pueblo por curias, llamadas *comitia curiata*, porque estas se componian solo de habitantes naturales de la ciudad de Roma;

desechándola. 8º Por último contadas las tablas, si se hallaba mayor número con la letra A, se tenia la lei por

y las otras que podian convocar los tribunos, comprendian, ademas de los habitantes de Roma, á todos los de las ciudades de Italia que estaban agregados á ella, y que habian obtenido el derecho de ciudadanos romanos.

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

desechada; pero si se hallaban mas con las letras V. R. se promulgaba la lei, como aprobada por los votos del pueblo. Sobre esto tratamos con estension en las *Antig. rom. h. t.* Ahora ya entenderemos fácilmente la definicion que se da de la lei, diciendo ser lo que el pueblo romano (todo) establece á peticion de un magistrado senatorio, cuales eran el cónsul, pretor y dictador. De aquí se sigue que durante la república libre fueron dos los requisitos de la lei: 1° que se hiciese por todo el

Marte, fuera de la ciudad, cercándola todas las tropas puestas sobre las armas: en ella se tomaban los votos de cada centuria, y lo que aprobaba el mayor número de centurias, era ratificado por todo el pueblo; pero muchas vezes no daban su voto las centurias de las últimas clases, porque luego que habia noventa y siete, esto es, una mas que la mitad, de un mismo dictámen, quedaba decidido el asunto, y era inútil tomar los votos de las demas. De este modo el pueblo inferior, que estaba en las últimas centurias, tenia mucho ménos poder en las asambleas por centurias que en las que se hacian por curias ó por tribus. En tiempo de los reyes se observaba para los votos el órden siguiente: las noventa y ocho centurias de la primera clase daban primero su voto; y si era uniforme su acuerdo, quedaba todo terminado y concluido, porque componian el mayor número, no quedando ya mas que noventa y cinco centurias; pero si no se conformaban, se tomaban los votos de las veinte de la segunda clase, y despues los de las otras, hasta que se juntaban noventa y siete de un mismo parecer. Durante la república se sorteaban los nombres de las centurias, y la que primero salia, era preferida en el voto. Despues del año 512 de la fundacion de Roma, en que fué repartido el pueblo en treinta y cinco tribus, y las centurias quedaron comprendidas en ellas, se sorteaba primero el

pueblo, que constaba de patricios y plebeyos: 2° que se hiciese á peticion de un magistrado senatorio.

§. XLVII. Por lo dicho conoceremos al momento en qué se diferencia la lei del plebiscito. 1° Este no se daba por todo el pueblo, sino por los plebeyos solos; 2° ni á propuesta de un magistrado senatorio, sino de uno plebeyo, á saber, algun tribuno de la plebe. Porque habiendo, despues de espulsados los reyes, grandes desavenencias entre los patricios y plebeyos, é intentando aquellos establecer la aristocracia, y estos la democracia,

nombre de las tribus, para saber la que era preferida, y luego se sorteaban las centurias de esta tribu, y la que salia primero, daba su voto ántes que las otras. Luego se llamaban las demas centurias de la primera, de la segunda y de las otras clases segun su órden. Hubo tiempo en que los votos para la eleccion de los magistrados se daban en alta voz; lo que contenia al pueblo, avergonzándose cada uno de dar su voto á personas indignas y capazes de perjudicar á la república; pero en el año de 614 se introdujo el uso de los escrutinios y votos secretos, que favorecieron las pretensiones de los malos, abriéndoles camino para llegar á las primeras magistraturas, holgándose el pueblo de complacer á quien queria, sin pasar por la nota de declararse por impolítico ó mal intencionado. Las mesas sobre que se ponian las cestas ó cofres para echar las cédulas, cuando se daban los votos, se llamaban en latin *pontes*, porque eran mui altas y estrechas. A cada ciudadano se daban dos cédulas, de las cuales la una servia para aprobar, y estaba señalada con la inicial de estas dos palabras: *Uti rogas*, hágase lo que pedis, ó apruebo lo que proponéis: la otra era para negar, y tenia la primera letra de la voz *Antiquo*, que quiere decir anulo, y metafóricamente abrogo, desecho.

se marcharon por último los plebeyos al Monte Sacro, y no volvieron á la ciudad, hasta que consiguieron se les diese una magistratura especial en los tribunos de la plebe (1), cuyo encargo era defenderla de las injus-

(1) La dignidad de tribuno en Roma significaba en general un hombre que tenia alguna inspeccion; y así habia tribunos del tesoro, que eran oficiales sacados del pueblo, que guardaban los caudales destinados para la guerra, y los distribuian en las urgencias á los cuestores de los ejércitos. Se elegian los mas ricos, y eran distinguidos en la república: tribuno de los céleres, que era el comandante de los céleres ó de la guardia que estableció Rómulo, que fueron cien jóvenes de los mas distinguidos en riquezas, nacimiento y buenas prendas, que sacó de cada tribu, para que sirvieran á caballo en su guardia; tribunos militares, creados por Rómulo, segun Vegecio, y eran como nuestros coroneles. Al principio fueron solo tres: se distinguian por una especie de puñal que recibian del príncipe al tiempo de su eleccion, por el anillo de oro, un vestido particular y cuatro soldados que los acompañaban: tribuno de las fiestas, que era un oficial que cuidaba de las diversiones del pueblo, y de que nada faltase en ellas: segun Casiodoro, se consideraba como empleo importante y de mérito para ascender. Pero los tribunos del pueblo, de que hablamos aquí, eran unos magistrados que sostenian los derechos del pueblo romano, y le defendian de los cónsules, del senado y de los nobles. Su establecimiento fué en el año 159 ó 160 de la fundacion de Roma, poco despues de la gran division que hubo entre los senadores y el pueblo, la que apaciguó Menenio Agripa, con la condicion de que el senado concederia al pueblo magistrados de familia plebeya, para que conservaran sus derechos y libertad. Cayo Licinio y Lucio Alvino fueron los dos primeros tribunos del pueblo, á los que se asociaron otros tres que se mudaban todos los años; pero Lucio Trevonio aumentó este número hasta diez. La autoridad de los tribunos era mui grande, porque no solamente podian juntar el pueblo, proponerle lo que querian, hacer reglamentos y leyes, sino oponerse á los decretos del senado, anularlos, y citar á los demas magistrados ante el pueblo, y aún alguna vez hicieron prender á los cónsules, y multaron al dictador. Bien que en el año de 672, en que fué dictador Sila, disminuyó el poder de los tribunos, y ordenó que fueran escluídos para siempre de los demas empleos de la república, y que no se estendiera su jurisdiccion mas que á mil pasos de la ciudad; pero M. Cota en el año de 679, y Pompeyo en el de 683, les restituyeron la autoridad que Sila les habia quitado, permitiendo ejercerla tambien en las provincias. Aunque el empleo de tribuno no se dió en mucho tiempo mas que á los que eran de familia plebeya, quisieron no obstante ser admitidos en él los senadores y los nobles; pero se requeria que el pueblo se lo ofreciese, porque no les era permitido pedirlo. La casa de los tribunos del pueblo estaba abierta de dia y de noche, para que el pueblo pudiese entrar á cada instante y á toda hora á dar sus quejas, y por esto no se les permitia faltar de Roma ni un solo dia. Cuando aprobaban los decretos y sentencias del senado, lo significaban con la letra *T*, y para oponerse á ellas usaban de la voz *veto*, sin dar razon para fundar sus oposiciones; y era de tanta fuerza esta palabra, que si algun ma-

icias de los cónsules y del senado, *Liv. l.* 11. *c.* 33. *L.* 2. §. 20. *ff. De orig. jur.* Como estos tribunos eran sacrosantos, esto es, inviolables, nada dejaron por hacer, á fin de conseguir la suprema autoridad é introducir una verdadera democracia. Así es que empezaron á hacer leyes aprobadas por la plebe, á las que llamaban plebiscitos. De aquí resultaron nuevas contiendas. El senado ó los patricios no solamente se oponian con vi-

gor á que los tribunos diesen semejantes leyes, sino que tambien rehusaban someterse á las que ya se habian dado. Por fin, despues de muchas discordias, se dió en el año 304 de Roma la lei horacia por M. Horacio cónsul, y se previno que lo que mandase la plebe por tribus, obligase al pueblo (entero), *Liv. l.* III. *c.* 55. Despues, como eludiesen los patricios con nuevas

gistrado no se hubiera contenido en ella, inmediatamente se le hubiera puesto preso, como á trasgresor de una autoridad inviolable. El atentar á la vida de los tribunos, injuriarlos, ó hacerles alguna violencia, era un delito de los mayores. Conservaban siempre su autoridad los tribunos, aún cuando había un dictador: pero sin poder oponerse á sus órdenes y reglamentos, como les era permitido respecto de los demas magistrados. Es digno de notarse que los tribunos de la plebe y los ciudadanos populares que hacian discursos al pueblo en la plaza pública, tenian siempre vuelto el rostro al sitio en que se reunia el senado, por acatamiento á este primer cuerpo de la república. Licinio Craso fué el primero que violó esta costumbre, observada constantemente hasta entónces, lo que hizo por adular al pueblo, despreciando la autoridad del senado. Nadie podia ser tribuno del pueblo sin que tuviese treinta años cumplidos. Este empleo lo confirió el pueblo á quien quiso, hasta el año de 730, en que Augusto César se hizo nombrar tribuno; y los emperadores que le sucedieron, tomaron este carácter, é hicieron marcar en sus medallas los años de su tribunado. Y así subsistió este empleo, aunque sin autoridad, siendo ya solo un título vano sin ejercicio ni honor (como sucedia con nuestros procuradores de cortes) hasta Constantino, en cuyo tiempo se desvaneció enteramente. El empleo de tribuno tiene alguna semejanza con el del magistrado, que en otros tiempos se conoció en Aragon con el nombre de *Justicia mayor*.

cavilaciones la lei horacia, dióse en 414 de la fundacion de Roma, la lei publilia, por el dictador Q. Publilio Filon, para que los plebiscitos obligaran á todos los Quirites, Liv. l. VIII. c. 12. Finalmente, viendo que los patricios tergiversaran de nuevo esta ley, subió la plebe se retiró segunda vez al monte Janículo, y no quiso volver hasta que el dictador Q. Hortensio (año 456 de Roma) [illegible] la lei Hortensia, con la cual se puso en [illegible] las leyes horacia y publilia, *Gell. lib. XV, cap. [illegible]*. 8. *ff. De orig. jur.* Desde entonces [illegible] uno, en cuanto al efecto, ninguna [illegible] las leyes propiamente dichas y los plebiscitos, puesto que estos y aquellas obligaban á todo el pueblo: de donde provino que los plebiscitos empezaron poco á poco á llamarse leyes, que es el nombre que casi siempre tienen en las ff., por ejemplo, lei aquilia, falcidia, atilia. Véase *Gell. lib.* 20. *c.* 20. y *Cic. Orat.* II. *De lege agraria. c.* 8.

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

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

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS

decretos del senado (2) sobre las cosas encomendadas a su cuidado ántes de dar leyes, sortear provincias, alistar soldados, ect. En mis Ant. rom.

(1) [illegible] en una junta de muchas personas consideradas [illegible] autoridad soberana. En ella se elegian los embajadores [illegible] los gobiernos de las provincias y el manejo [illegible] la administracion del erario público, y [illegible] los tesoreros; denaba y anulaba las leyes [illegible] hacia tratados de paz, treguas y con[illegible] las gativas, y concedia el honor del tri[illegible] los de ejército que habian ganado alguna bata[illegible] ciudad considerable, ó conquistado alguna pro[illegible] riamente se juntaba el senado en el dia de las cal[illegible] nonas y de los idus de cada mes, escepto en los meses viembre y diciembre, que eran vacaciones. Las calendas el primero del mes, y las nonas el siete de marzo, de mayo de julio y octubre; y en los demas meses el cinco. Los idus sucedian á trece en los meses de enero, febrero, abril, junio agosto, setiembre, noviembre y diciembre; pero en los de marzo, mayo, julio y octubre eran á quince. Augusto ordenó que no se juntara el senado sino en las calendas é idus de cada mes. Los dictadores, los cónsules, pretores y tribunos de la plebe tenian facultad para juntar el senado cuando les parecia, ó cuando ocurrian algunos asuntos estraordinarios ó importantes; pero no se les permitia juntarlo ántes de salir el sol, ni despues de puesto. Tampoco podia juntarse en los dias de fiesta, en los que se juntaba el pueblo, ni miéntras se celebraban juegos públicos. Todo cuanto se hacia en la república, se consultaba con el senado; y lo que el pueblo y los tribunos disponian, carecia ordinariamente de fuerza hasta que el senado lo autorizaba. Esto no obstante se oponian muchas vezes los tribunos á los decretos del senado, sin que pudiera

lib. 1. *tit.* 2. §. 48. se describe el modo de hacerse los senadoconsultos. Todavía se observaba la misma práctica bajo el imperio de Augusto, quien daba las leyes,

este pasar adelante, hasta que dejaban de oponerse; y para obligarlos á que desistieran, era preciso recurrir á los otros magistrados, y usar de ruegos y amenazas, ó apelar al pueblo. Cuando algun decreto del senado se suspendia por oposicion de los tribunos, no dejaba por esto de registrarse; pero en lugar de llamarlo *senatus consultum*, se llamaba *senatus auctoritas*. Es de notar la urbanidad de que usaba el senado, cuando daba alguna órden á los magistrados, espresándola con esta palabras, *Si iis ita videtur*; si gustan, si les parece bien. El nombre de los senadores que habian votado, se ponia con la fecha y sitio donde se habia tenido el senado: D. E. R. I. C. esto es, *De ea re ita censuerunt*: así han votado sobre este asunto tal y tal cónsul y despues los demas. En el Capitolio y en los templos de Saturno y de Céres se guardaban las leyes, los decretos y sentencias del senado con el tesoro público, cuya custodia se confiaba á los ediles. El senado se juntaba en diversas partes: primero en los templos de la Concordia, entre el Capitolio y la plaza romana, de la Fe, de la Virtud, de Júpiter Estator, de Júpiter Capitolino, de Marte, de Apolo, de Cástor y Pólux, y en el de Vulcano. En el de Belona, estramuros de la ciudad, recibia á los embajadores de los pueblos enemigos. Cuando era un senado convocado para algun asunto repentino ó inopinado, se llamaba *senatus edictus* ó *indictus*. En la historia romana tenemos muchos buenos ejemplos que manifiestan ocho escelentes caractéres en la conducta del senado romano, miéntras fué libre; su aplicacion, el sigilo, la conservacion de la disciplina militar, la sabiduría en las recompensas, la fidelidad con los aliados, la firmeza en los riesgos de que estaba amenazada la república, la moderacion en los sucesos prósperos, y la confianza en los adversos.

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

(1) En la nobleza habia dos órdenes, el de los senadores y el de los caballeros; luego seguian los plebeyos ó simples ciudadanos. Rómulo escogió cien personas distinguidas por su mérito y calidad para consejeros de estado y para juzgar las disensiones del pueblo, llamándolos senadores, en latin *senatores*, ó porque eran ancianos, ó por su prudencia, que es ordinariamente el distintivo de los viejos. Tambien los llamó padres, *patres*, ó para demostrar el respeto que se les debia, ó para hacerles conocer que habian de ser los protectores y

4° Dados estos pareceres, decia el césar que cada cual se colocase en distinto lado, segun el dictámen que seguia: *qui hæc sentitis, in hanc, qui alia omnia, in*

padres del pueblo. Rómulo pues fué el que instituyó los cien senadores primeros, á los que se añadieron otros ciento, sacados de las mas ilustres familias de Roma, cinco años despues que se recibieron los sabinos en la ciudad. Tarquino Prisco aumentó tambien este número el año de 138, escogiendo entre las familias plebeyas ó ciudadanas cien personas distinguidas por su virtud y sabiduría, y con el título de *patricias*, las hizo recibir en el senado, que llegó entónces á componerse de trescientos senadores. Este número se aumentó mucho mas en adelante, puesto que el año de 708, siendo dictador Julio César, llegaban á novecientos; y en el de 711 habia mas de mil durante el *triunvirato*. En los primeros tiempos de la república no se daba la dignidad de senador sino á los patricios; esto es, á los descendientes de los primeros senadores. Cuando se tuvo por conveniente recibir en el senado á los que eran de familia plebeya, se hacian ántes nobles. Era costumbre tomar en el órden de los caballeros á los mas beneméritos y nobles para ocupar las plazas vacantes del senado. Los cónsules y los censores los nombraban; y si el que era nombrado, rehusaba la dignidad de senador, se le quitaba la de caballero. Cuando se elegian senadores, no solo se consideraba su mérito, sino tambien la edad y sus rentas. Para ser senador, se necesitaban treinta años por lo ménos, y haber ejercido algun empleo; y si alguno se eligió de ménos tiempo, fué por favor, ó por su mérito estraordinario. La renta de los senadores en tiempo de Augusto era de ochenta mil sestercios, que son ciento y sesenta mil reales nuestros ú ocho mil pesos fuertes; y despues aumentó Augusto esta renta hasta trescientos veinte mil reales ó diez y seis mil pesos fuertes. Si llegaban á tener alguna pérdida considerable que disminuyese su renta, perdian tambien la dignidad y carácter de senadores.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

illam partem discedite, qua sentitis. 5° Hecho lo cual, se levantaban los senadores, y se dirigian al lado que apoyaban con su parecer. 6° Finalmente, si la ora-

Se estableció así, porque habiéndose introducido en Roma la ambicion y el lujo, despues de la conquista de Africa, pretendian muchos la dignidad de senador, sin mérito ni renta, y se temia que hicieran injusticias, y se dejaran corromper por dinero, no teniendo con que sostener su carácter, y con que satisfacer su vanidad y ambicion. Los primeros senadores se llamaban patricios, y sus descendientes eran de familias patricias; pero los que elegian los cónsules y los censores de entre los caballeros para ocupar las plazas vacantes en el senado, se llamaban *Patres conscripti*, porque sus nombres se escribieron con los de los primeros senadores en una misma tablilla. Los senadores que no habian ejercido magistratura, se llamaban en latin *senatores pedarii*, porque no podian ir al senado sino á pié, cuando los que habian obtenido ciertas magistraturas, se hacian llevar en sus sillas curules; ó tambien porque siendo incapazes de dar por sí mismos un buen dictámen, y de esplicarse bien por falta de talento, seguian el voto y se conformaban con los que habian votado ántes que ellos; de lo cual nació este modo de hablar: *Pedibus ire in sententiam alicujus.* El distintivo de los senadores era la laticlavia, ó el ropaje de bandas anchas de púrpura, el calzado negro que les cubria el pié y la mitad de la pierna, y la média luna ó C de plata, cosida en este calzado, para espresar que los primeros senadores no eran mas que ciento. Algun tiempo despues de los primeros emperadores, se les empezó á dar el título de *clarissimi*. Los senadores podian llevar sus hijos al senado; pero estos no podian votar hasta que hubiesen hecho juramento de no revelar las materias que se trataban. Al votar los senadores, podian hablar todo el tiempo que querian, no solo sobre el asunto propuesto, sino es sobre cualquiera otra cosa, aunque fuese mui distinta, que es lo que Ciceron llama

cion del príncipe era aprobada por pluralidad de votos, entónces se estendia segun el espíritu de ella el senadoconsulto, que se grababa en bronce, y despues de presentarlo al público, se depositaba en el erario de Saturno (1).

con frecuencia *calumnia dicendi*. En el interregno gobernaban los senadores, y solo á los que lo habian sido, se conferia el mando de los ejércitos: cuando asistian á los espectáculos, tenian sillas y sitios separados. Un senador no podia sin permiso ausentarse del senado; y estando en la ciudad, se hallaba obligado, bajo la pena de multa, á asistir á las reuniones del senado, pues sus decretos y sentencias no tenian fuerza, cuando se hallaban en él ménos de cien senadores. Tampoco les era permitido tener dos mujeres, ni casarse con parienta, estranjera, mujer pública ó esclava, ni comerciar.

(1) El tesoro público se guardaba en el templo de Saturno, fabricado en la falda del monte del Capitolio, hácia la plaza de Roma, por el lado del Tiber. Ademas de ciento sesenta graneros y un grande arsenal, tenian los romanos otro tesoro ordinario, donde se recibian las rentas anuales de la república, y de él se sacaba lo necesario para pagar los gastos ordinarios; pero tenian otro que se llamaba sagrado, *sanctum ærarium*, donde, despues que se recobró Roma de los galos, se pusieron como en depósito sumas considerables, que no se debian tocar, sino cuando estos pueblos, que eran en estremo temidos, hicieran una nueva irrupcion. Esto motivó la bella respuesta que dió César al cuestor ó tribuno militar que guardaba este tesoro, cuando se lo hizo abrir por fuerza, para gastarlo en la guerra civil, diciéndole, *que era inútil guardarlo mas, pues habia puesto á Roma fuera de riesgo de ser nunca acometida por los galos.* En este tesoro se pusieron despues las sumas inmensas que habian llevado los generales

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

Y ¿cuánto tiempo estuvieron en uso los senadoconsultos? Todo el tiempo que á los emperadores pareció conveniente el disimulo. De aquí es que todavía se hace mencion de senadoconsultos en tiempo de Antonino Severo, Antonino Caracalla, Eliogábalo y Alejandro: apénas se nombra ninguno de fecha posterior, porque acostumbrado ya el pueblo romano al gobierno monárquico, y trasladado por la lei régia todo su derecho á los emperadores, empezaron á ser ménos frecuentes los senadoconsultos, y la mayor parte de las inovaciones se introducian en el derecho por las constituciones de los príncipes, que ya empezaron á publicarse en tiempo de Vespasiano, como lo muestra la *L. 1. § 6. ff. De legislation.*

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

1° Qué sean estas constituciones, lo esplicaremos brevemente por esta definicion: son *la voluntad de los príncipes, y, si estos quieren, tienen fuerza de lei* (1). Toda la definicion está en la *L. 1. pr. ff. De*

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

(1) Cuando Roma no conservaba ya de su libertad mas que las fórmulas, y cuando los cargos se reunieron en la persona

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

const. princ., á escepcion de las palabras, *si quieren los príncipes*, que hemos sacado del §. 6. *Inst. h. t.* Es de saber que no todas las epístolas ó constituciones de los príncipes son leyes, sino tansolo las que el príncipe quiere que sean observadas como tales por los súbditos. De aquí es que ni sus cartas privadas (cuales son las del emperador Trajano á Plinio, *lib.* 10. *ep. Plin.*) valen como leyes, ni los rescriptos espedidos á súplica de los particulares, porque pueden muchas vezes ser considerados como subrepticios y obrepticios, si las súplicas no se apoyan en la verdad, como manifestaremos luego en el §. 56. Así que las constituciones del príncipe son tenidas por leyes, *si ellos quieren*.

§. LII. 2° De cuántas maneras son? Unas son *generales*, otras *especiales*. Generales son aquellas por las que el príncipe quiere obligar á todos; v. gr. si publica un edicto, por el que condena á pena capital á los que

del príncipe por toda la duracion de su vida, empezó este, con arreglo á los usos de los antiguos magistrados de la república, á dar decretos y reglamentos en virtud de los cargos que ejercia, los cuales fueron llamados *placita* ó *constitutiones principum*, y su número fué necesariamente creciendo á medida que los príncipes aumentaban su poder, é iban á mas los derechos que se arrogaba la arbitrariedad de los emperadores; pero al principio eran mui pocas, y la mayor parte ni siquiera tocaba al derecho privado, sino que tenia por objeto el gobierno, y particularmente las rentas del estado, la guerra y la administracion de las provincias; y casi ninguna encerraba nuevos principios de derecho, reduciéndose á indicar cómo debian esplicarse en ciertos casos las leyes vigentes.

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

§. LIII. (a) *Rescriptos* son aquellas constituciones, por las cuales el príncipe responde á los memoriales de las partes ó á las consultas de los magistrados. Muchas vezes los particulares remitian memoriales al príncipe, en los cuales se quejaban de tal ó cual agravio que se les hacia: tambien muchas vezes los magistrados, comunidades, colonias, municipios, consultaban á los príncipes; y lo que entónces respondia el príncipe, eso se llamaba rescripto. Segun la diversa condicion de las personas que consultaban, los rescriptos se llamaban, ya *anotaciones ó subnotaciones*, ya *epístolas*, ya *pragmáticas-sanciones*. (a) Se les da el nombre de *anotaciones ó subnotaciones*, cuando el príncipe responde á los memoriales de las partes ó de los particulares. Hai un ejemplo selecto en la *L.* 9. *ff. ad L. rhod. De jactu.* (b) El de *epístolas*, cuando el príncipe responde á las consultas de los magistrados, de lo

que ocurren muchos ejemplos de Trajano en el *lib. X. ep. Plin. et L.* 6. § 6. *ff. De offic. procons.* Y el de (c) *pragmáticas-sanciones*, si el príncipe responde á la consulta de toda una universidad, v. gr. de una provincia, ciudad, municipio, colegio. Hai un ejemplo en la *L.* 3. § 3. *De offic. procons.*

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

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

§. LVI, LVII y LVIII. 3° Por estas definiciones se esplicará fácilmente la tercera cuestion de si estas constituciones de los príncipes tienen fuerza legal. (a) En cuanto á los *rescriptos*, no siempre la tienen, ántes algunas vezes nada absolutamente valen; 1° si la súplica no está apoyada en la verdad, porque el príncipe no está obligado á mandar cosa alguna en virtud de la simple narracion de una de las partes, á no ser bajo la condicion de que *la súplica esté fundada en la verdad.* Véase sobre esto la *L. ult. C. De divers. princ. rescr.* 2° Si el príncipe no hubiese firmado, ó si no se hubiese puesto el dia y el nombre del cónsul, lo que equivalia al sello que ahora se usa. *L.* 3. *L.* 4. *C. eod.* Aquí bebe notarse que los príncipes firmaban antiguamente con

color de púrpura sacado del múrice cocido, que se llamaba *sacrum encaustum*, ó sagrado esmalte, del cual á nadie mas que al príncipe era permitido usar, Sam. Estryck. *Diss. De sacro encausto*. 3° Si se hubiese impetrado el rescripto en perjuicio de la república ó del derecho de un tercero. Aquí pertenece todo el título del *C. Si contra jus vel util. publ.*, y especialmente la *L.* 6. Se deberá de paso observar, que á los rescriptos que adolecen de cualquier vicio semejante, suele oponerse en el foro la escepcion que los prácticos suelen llamar de *obrepcion* y *subrepcion*.

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

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

§. LIX y LX. Hasta aquí hemos tratado de las constituciones generales: síguense las especiales, que tambien se llaman privilegios, como si dijéramos leyes privadas. Para los antiguos era lo mismo privado que singular, y por consiguiente el privilegio es una lei singular. Sin embargo puede darse una definicion mas exacta, sacada del § 6. *Inst. h. t.* diciendo que *los privilegios* son *unas constituciones por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, ó impone una pena estraordinaria, de modo sin embargo que no sirva de ejemplar*. Por esta definicion se puede responder fácilmente á las preguntas siguientes:

1° ¿Se llama con propiedad leyes á los privilegios? Resp. No hai duda que son leyes, porque los prescribe el sumo imperante (1). Pero se objeta que no obligan, pues el privilegiado puede renunciar á su derecho, y abstenerse del uso del privilegio. A esto se responde, que aunque no obliguen á los privilegiados, obligan á los demas ciudadanos, para que estos no turben á los privilegiados en el uso de su privilegio; y respecto de estos con razon se llaman leyes. 2° ¿Se diferencian los privilegios de los derechos singulares? Resp. Estos son beneficios dados por la lei á cierto órden de personas ó á uno de los sexos, así, v. gr. los menores gozan del beneficio de la lei de poder ser restituídos *in integrum;* las mujeres, por razon de la dote, gozan de tácita hipoteca en los bienes del marido, y son preferidas en el concurso á los demas acreedores, etc. Estos derechos singulares son llamados muchas vezes privilegios: pero no obstante se diferencian los privilegios propiamente tales de los derechos singulares: (a) porque estos son dados por la lei aún á los que no los piden, y aquellos deben obternerse del príncipe: (b) aquellos se refieren á cada una de las personas, y por eso se llaman leyes privadas: estos á muchas personas del mismo órden, sexo ó condicion. Cujacio, *Obs. lib. IV. c.* 8. fué el primero que observó esta diferencia.

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

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

Por último los privilegios son *de persona* ó *de cau-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

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

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

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

privilegios, no obstante que esta *L.* 3. no habla propiamente sino de los derechos singulares, de que hemos tratado arriba § 60.

§. LXIV, LXV y LXVI. La quinta especie de Derecho escrito son los *edictos de los magistrados*. Porque debe saberse, 1° que los magistrados de Roma no fueron meros jueces, sino que tambien tuvieron facultad de proponer edictos (1), por los cuales indicaban por qué órden y modo querian administrar justicia durante el tiempo de su magistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publicaban en Roma los *pretores* (2)

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

(2) El pretor que se estableció en el año 387 ó 388 de la fundacion de Roma para administrar justicia, era el primero despues de los cónsules, y Públio Furio Camilo fué el primer pretor elegido en los comicios juntos por centurias, con las mismas ceremonias de religion que aquellos. Al principio no habia mas de uno que administraba justicia á los ciudadanos en Roma; pero como se establecieron en ella muchos estranjeros, se eligió en el año de 510 ó en el 511 otro pretor que juzgara sus diferencias. El primero se llamaba en latin *prætor urbanus*, juez de los ciudadanos, y el segundo *prætor peregrinus*, juez de los estranjeros; pero este tenia ménos autoridad que el otro. Para ocupar el empleo habian de ser de familia patricia, aunque en el año 417 de la fundacion de

Roma se nombraron de familia plebeya. Por el año de 605 ó 607 hubo en ella seis pretores. Los dos que eran de la primera creacion, conocian de las diferencias de los particulares, y los otros cuatro de los delitos públicos, esto es, de los cohechos, de las facciones ó bandos, de los parricidios, de los crímenes de lesa majestad romana, cometidos contra el pueblo romano, contra los privilegios de los ciudadanos romanos, y últimamente del peculado, ó del robo del tesoro público. Siendo Sila dictador en el año de 672, añadió otros dos. César hizo tambien crear dos para cuidar de los víveres, y se llamaban *cereales*. Despues de la muerte de César añadio Augusto otros cuatro, y en adelante se vieron en Roma hasta quince pretores. Cuando Sicilia y Cerdeña quedaron reducidas á provincias, y despues de la conquista de España, se crearon pretores para cada una de las provincias conquistadas. Estos eran magistrados que las gobernaban, administraban justicia, y mandaban las tropas en la guerra por todo el año de su magistratura. Con efecto *prætor* significa presidente, comandante, general de ejército ó capitan, derivándose esta voz de *præesse*, ó de *præire*, segun lo dice Tito Livio lib. 3, y Ciceron *lib. 3º. De las leyes*; y como los que mandaban los ejércitos, eran tambien jueces de las causas civiles en los cuarteles de invierno y en tiempo de paz; por esto se llamaba *prætorium* la tienda del general, la casa del pretor, y el lugar donde administraba justicia. No obstante, cuando la guerra era peligrosa, y se habia de combatir con un enemigo poderoso, iba uno de los cónsules á la provincia invadida ó amenazada de irrupciones, para defenderla y dar en ella las órdenes necesarias. El poder de los pretores era mui grande: podian alterar las leyes, abrogarlas y establecerlas. De esto nace que en el Derecho romano se hace mencion muchas vezes del edicto del pretor. Tambien juntaban el senado y el pueblo, cuando lo tenian por conveniente; y en una palabra, tenian en Roma todo el poder, cuando los cónsules estaban ausentes, y habian ido á mandar el ejercito. Los pretores no podian ausentarse de Roma mas que diez dias; y eran los que registraban los nombres de los esclavos á quienes se daba la libertad, y adjudicaban á los acreedores los bienes que se les debian. Tambien eran protectores de las viudas y de los huérfanos, y tenian cuidado de los juegos y sacrificios que se hacian á espensas del público. Las damas romanas se juntaban todos los años en la casa del pretor, para celebrar en ella la fiesta y misterios de la buena diosa Cibéles, y estaba prohibida la asistencia de los hombres con pena de destierro. Para la eleccion de pretores se juntaba el pueblo por centurias. El dia primero de enero, despues de hechas sus rogativas y ofrecido un sacrificio en el Capitolio, tomaban todos los distintivos de honor unidos á su dignidad, é iban precedidos de seis lictores. Su ropa era bordada de púrpura, y los llevaban en silla de mármil. Cuando el pretor condenaba alguno á muerte ó á otro cualquier suplicio, dejaba su ropa ordinaria, y se ponia una de luto. Para ser pretor era necesario tener cuarenta años: el distintivo esterior de este magistrado era la ropa pretesta, que tomaba despues de haber hecho los votos en el templo; la silla curul puesta en un tribunal, en sitio elevado en forma de média luna; la lanza que manifestaba la jurisdiccion, y la espada que indicaba el derecho de presidir el tribunal que administraba justicia. Fuera de la ciudad le acompañaban lo ménos seis lictores con fasces; y se llamaban provincias pretorias aquellas á donde para su gobierno se enviaban solo pretores. La ropa pretesta era semejante á la toga; y se llamaba así, porque estaba guarnecida por abajo con una banda ancha de púrpura.

para la administracion de justicia, los *ediles* (1) acerca

(1) Los ediles eran los magistrados romanos que tenian la inspeccion de los edificios públicos, de las fiestas, de los juegos y de los espectáculos. Se llamaban así *ab ædibus curandis*, porque cuidaban de los templos, y de las obras y fábricas públicas. Los habia de dos clases, nombrados todos los años;

de las cosas que pertenecian á su jurisdiccion, por ejem-

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

plo, las cosas venales, los caminos públicos, etc., y en las provincias los *procónsules* (1) y *propretores* que tenian en ellas la misma autoridad que los otros magistrados en Roma, *L.* 7. § 2. *ff. De offic. procons.* 2º Aún cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo Derecho, ayudándolo, supliéndolo y corrigiéndolo, *L.* 7. § 1. *ff. De just. et jur.* Y esto se hacia (a) inventando nuevos vocablos, v. gr. *posesion de bienes* en lugar de *herencia;* (b) introduciendo nuevas accciones, v. gr. *constitutæ pecuniæ;* (c) dando escepciones, donde la lei negaba accion, v. gr., escepcion de pacto; (d) resti-

el de 709 se crearon otros dos ediles llamados *curules*, que cuidaban de los granos, víveres, de los pesos y medidas, ponian precio á las mercancías, y hacian echar en el Tiber los granos y demas especies mercantiles, que estaban podridas, ó no eran de lei.

(1) El nombre de procónsul se dió entre los romanos á aquel que gobernaba una provincia con la misma autoridad que si fuera cónsul; y en tiempo de los emperadores romanos se nombró procónsul al que elegia el senado para gobernar una de las provincias del Imperio. Tambien nombraba el senado algunos jóvenes distinguidos que debian acompañar al procónsul, para aprender el arte militar, y formaban la corte del magistrado, llamándose *contubernales.* Antes de salir de Roma, el procónsul iba al Capitolio á hacer sacrificios y tomar el manto de guerra, llamado *paludamentum*, que manifestaba el mando de las tropas. Despues marchaba acompañado de lictores armados de fasces y de hachas, y sus amigos le llevaban hasta cierta distancia fuera de la ciudad. Cuando los procónsules salian del consulado, tenian el gobierno de una de las provincias consulares, la que sacaban por suerte; administra-

tuyendo *in integrum* á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. 3° Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se deberá consultar un pasaje de Ciceron del *lib. II De invent. c.* 22. 4° Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aún estos fueron mudados varias vezes en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de Roma se mandó, que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales, *Dio. lib.* 36. *c.* 12, *Dodwell. Prælect. Camd. in append.* Finalmente bajo Adriano se compusieron los edictos perpetuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano; el provincial y edilicio no se sabe por quién. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

§. LXVII y LXVIII. La sesta y sétima especie de Dere-

ban justicia, y mandaban en el ejército que la suerte les habia dado. Ordinariamente se destinaba el estío para la guerra, y en el invierno se empleaban en el ejercicio de su jurisdiccion. No servian mas que un año en este cargo, á ménos que el senado tuviera por conveniente que continuasen; para juzgar los procesos, tenian sus asesores ú otros juezes, mantenidos y pagados por el público. Aunque los procónsules tenian en sus provincias la misma autoridad, los mismos vestidos, oficiales é igual número de lictores y fasces que los cónsules, no obstante, cuando concurria un cónsul, cesaba toda su autoridad; y esta era limitada solo á su gobierno, miéntras la de los cónsules era estentiva y absoluta en todas las provincias del Imperio romano. Estando los cónsules ausentes de Roma, tenian la autoridad los procónsules, y podian juntar el senado y el pueblo.

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

§. LXIX. Entre las partes del Derecho civil que inventaron los jurisconsultos, *L.* 2. § 6. *De or. jur.*, deben notarse las *acciones de la lei* y los *actos legítimos*,

que esplicaremos estensamente, por mencionarse con frecuencia en nuestro Derecho.

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

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

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

§. LXXII. Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este § de la costumbre (1). En efecto 1° la costumbre se debe probar: la lei no es preciso que se pruebe, porque es conocida de todos por la promulgacion, al paso que aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho, se debe probar (a) por el trascurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. 2° La misma es la

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

fuerza de la lei, que la de la costumbre (1), pues viene del mismo legislador, y es igual que se quiera una cosa tácita ó espresamente. 3º La costumbre deroga la lei anterior, porque es como una lei, y la lei posterior anula la anterior, *L. ult. ff. De const. princ.* La costumbre que repugna á la recta razon, es de ningun valor (2), porque el príncipe no quiere tal cosa, ni tácita ni espresamente; v. gr. en Alemania hai entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendizes hasta despues de concluidos los años de aprendizaje; cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta, si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ninguna, (a) porque es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres; (b) porque el príncipe que puede abolir la lei, mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impía y contraria á la razon.

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

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

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

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

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

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

§. LXXVI. Se pregunta pues que es *estado?* Resp. Es una cualidad, en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos (1), porque de distinto derecho goza, por ejemplo, el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el estranjero; y por eso la libertad y

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

el lugar del nacimiento se llaman estados. Otras vezes el *estado* se llama tambien en nuestro Derecho *cabeza*, y de aquí es que se dice que el esclavo *no tiene cabeza alguna*, § 4. *Inst. De cap. demin.*, y de aquel que pierde el estado de naturaleza, ó de libertad, ó de familia, se dice, *que ha sido capiteminuído*, *pr. Inst. De cap. demin.*

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

§. LXXVII. Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona: es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano: es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra; pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Por eso en nuestro Derecho se dice, *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. De cap. dem., y es tenido por nulo y muerto* en la *L.* 32 *y* 200 *ff. De reg. jur.*, porque no es persona. De aquí es que el esclavo podia ser muerto por su señor; no se le hacia injuria; podia ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni hacia contratos, ni otorgaba testamento, ni tenia nada propio, porque no era persona.

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

§ LXXIX. Llamándose libres los hombres por la libertad de que gozan, y esclavos por la esclavitud en que están, debe saberse aquí qué es libertad, y qué es esclavitud. Llámase *libertad* la facultad natural de hacer lo que se quiera, á no impedirlo la fuerza ó el Derecho, § 1. *Institut. h. t.* Esplicaremos esta definicion.

1° Llámase la libertad *facultad natural*, porque todos los hombres son libres por naturalerza. *L.* 4. *ff. De J. et J. L.* 32. *ff. De reg. J.* Luego la diferencia entre libres y esclavos la introdujeron las leyes civiles, no la naturaleza. 2° *De hacer lo que se quiera:* en efecto la libertad consiste en que no estemos obligados á ejecutar ó dejar de hacer nuestras acciones al arbitrio de alguno, sino que podamos obrar ó no obrar de este ó del otro modo á nuestro albedrío. 3° *A no ser que lo impida la fuerza ó el Derecho.* Si se objeta que el hombre libre no puede gozar de esta facultad de hacer siempre lo que quiere, se responde, que entónces no se lo prohibe el estado de esclavitud, sino bien la fuerza, como le sucede al que atan los ladrones; bien el Derecho, como cuando las leyes no permiten que se haga alguna cosa. Al contrario, *esclavitud* es una disposicion del Derecho de gentes, por la cual el hombre se ve sujeto al dominio ajeno contra la naturaleza, §. 2. *Inst. h. t.* Para esplicar tambien esta definicion diremos que se llama la esclavitud 1° *una disposicion del Derecho de gentes*, porque la naturaleza, como hemos dicho, hizo libres á todos los hombres, y las naciones fueron las que introdujeron la esclavitud. *L.* 4. *ff. De J. et J.* 2° *Por la cual el hombre se ve sujeto al dominio ajeno*, porque la esclavitud consiste en que el hombre esté bajo el dominio de otro como una cosa; y de aquí es que puede ser vendido, legado, donado, muerto. 3° *Contra la naturaleza;* porque como hemos dicho, esta crió á todos los hombres libres; lo cual debe ob-

servarse contra Aristóteles, que establece que algunos hombres son esclavos por naturaleza, á saber, los estúpidos, perezosos, y otros que no pueden gobernarse á sí mismos. Pero esto es falso, porque todos los hombres son libres por naturaleza. Ni de que uno sea mas estúpido que yo, se infiere que esté obligado á ser esclavo mio.

§ LXXX. Hasta aquí hemos definido la esclavitud y la libertad. Pregúntase ¿por qué se dice que la esclavitud es contra la naturaleza? Resp. No se debe entender esto del Derecho de la naturaleza, como si dijéramos que la esclavitud repugna al Derecho natural y á la recta razon. Eso es falso, y se infiere 1° de que no repugna á la sociedad humana, y de que esta puede existir con la esclavitud de ciertas personas; 2° de que si repugnase á la razon y al Derecho de la naturaleza, no la pudiera aprobar la sagrada Escritura, como repugnante á la razon, y aquella aprueba la esclavitud. I. *Cor. c.* 7, *v.* 20. *sig.* Si se dice que la esclavitud es contra la naturaleza, es porque de las personas se hacen cosas, pues, como hemos dicho, el esclavo de la clase de las personas pasa á la de las cosas, y se hace de la misma condicion que un buei ó un jumento, *L.* 2. *L.* 27. § 3. *ff. ad L. aquil.* y *L.* 38. § 1. 2. *ff. De edict.* Véase á *Em. Merill. lib.* 11. *Obs. c.* 35.

§. LXXXI. Hasta aquí hemos visto qué cosa sea libertad y esclavitud : ahora se trata de saber ¿cómo uno se halla en la clase de esclavo? Resp. Los esclavos ó nacen ó se hacen. Nacen, de nuestras esclavas, porque si una esclava pare un hijo ó una hija, estos son de condicion servil, cualquiera que sea su padre, pues siendo cosas los esclavos, como hemos dicho en el §. 77, se sigue que los partos serviles son de la misma condicion. Porque así como el feto de la vaca que está en mi dominio, tambien me pertenece, así del feto de la esclava se dice que está en esclavitud. Este esclavo que nace de una esclava nuestra, se llama *verna*. De este derecho usaron ya los antiguos en tiempo de Abrahan, como se infiere del *Gen. c.* 14, *v.* 14., donde se dice que Abrahan armó á sus *vernas*. Como puede muchas vezes suceder que un *verna* nazca del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, se pregunta : el *verna* será para Ticio, ó para Mevio? Resp. Para Mevio ; porque es general en nuestro Derecho la regla de que *el parto sigue al vientre.* §. 19. *Inst. De rer. divis.* ; y así como un becerro engendrado por el toro de Ticio y la vaca de Mevio, es de Mevio, así tambien el *verna*, nacido del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, será de este. Otra cosa se deberá decir si se trata de la condicion del hijo, porque en un matrimonio legítimo el hijo sigue la condicion del padre, y fuera del matrimonio la condicion de la madre; por ejemplo, si el padre es noble, la madre plebeya, y hai legítimo matrimonio entre ellos, los hijos son nobles. Si por el contrario un noble tuvo que ver con una plebeya fuera de matrimonio, los hijos espurios que de este ayuntamiento nacieron, son plebeyos. Entre los príncipes hai la particularidad que de un marido príncipe y de una mujer

plebeya ó noble no nace un príncipe, á no haber sido elevada la madre por el emperador á la dignidad de princesa (1).

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

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

todian hasta que se redimen ó permutan. Los romanos á ningun cautivo redimian aunque estuviese sujeto á una deplorable esclavitud, y lo hacian con el fin de obligar á los soldados romanos á *vencer ó morir*, Cic. *De off. III. cap. últ.*

§. LXXXIII. Tambien por el *Derecho civil* se hacian siervos en castigo, y especialmente en dos casos: 1° si un mayor de veinte años consentia en ser vendido por el deseo de adquirir el precio. Es de saber que por Derecho romano ningun hombre libre podia ser vendido: si lo era, inmediatamente gritaba pidiendo la libertad. Mas como algunas vezes los jóvenes deseosos de dinero permitian que se les vendiese, solamente por sacar el dinero á los compradores, y darse despues por libres, se mandó por un senadoconsulto, que los que tal hiciesen, si pasaban de veinte años, permanecieran esclavos. Tenemos un ejemplo de semejante fraude en Plaut. *Pers. act. II. scen. III. v. 55. act. III. scen. I. et act. IV. scen. III. v. 9.* 2° Si se volvia á la esclavitud á un liberto ingrato. La ingratitud es de dos maneras, una *simple* y otra *grave*. Es *simple*, si uno no devuelve beneficios á aquel que se los hizo; *grave*, si uno ademas trata mal y veja de cualquier modo al bienhechor. Los libertos volvian á la esclavitud, no por cualquier ingratitud simple, sino por la grave, *L. un C. De ingrat. lib.*

§. LXXXIV y LXXXV. Esto en cuanto á los modos con que se hacian esclavos. Pregúntase ahora, si entre ellos habia alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir entre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no

habia ninguna diferencia entre los esclavos, pues todos eran cosas, no personas; todos estaban destituídos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifaccion, etc.; todos podian ser vendidos, enajenados y aún muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* habia mucha diferencia entre los esclavos: los unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores; otros andaban siempre por la casa, destinados á los mas bajos oficios y prontos á ejecutar las órdenes de todos los individuos de ella; y otros cargados de cadenas vivian en la esclavitud. Algo de mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, nombre dado á los que habian conseguido la libertad bajo condicion ó para cierto dia. Y así, miéntras llegaba la condicion ó el dia, permanecian en el estado servil; pero eran tratados algo mas benignamente, porque esperaban la libertad.

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

TÍTULO IV.

DE LOS INGENUOS.

§. LXXXVIII. En este título se tratan principalmente dos puntos: 1° Qué sea ingenuidad? §. 88 y 89. 2° Quiénes sean ingenuos? §. 90, 91 y 92. Por lo que

toca al primero, hablaremos (a) de la etimología, §. 88, y de (b) la definicion, §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman *ingenuos* de *gignendo* (engendrar), porque les es ingénita la libertad, ó lo que es lo mismo, porque fueron libres desde el momento que fueron engendrados ó nacieron. Se diferencian de los libertinos, en que, aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

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

§. XC. Síguese ya la otra parte del título: quiénes son ingenuos? Pero ántes daremos un axioma ó regla universal, por la cual pueda juzgarse de la ingenuidad, §. 90; y despues deduciremos de esta regla varias conclusiones, §. 91 y 92. El axioma es este: *ingenuo es el nacido de madre que por lo ménos fué libre un momento en el tiempo de la concepcion, del parto ó durante la preñez*. Por ser miserable la condicion del esclavo, los derechos siempre favorecen mas á la liber-

tad que á la esclavitud; y por eso si desde el tiempo de la concepcion hasta el de salir á luz la criatura, habia sido libre por un momento la madre, juzgaban que el infante no era esclavo, sino ingenuo.

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

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TITULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

§. XCIII. Hemos dicho arriba, que los hombres libres, que se oponen á los esclavos, son ingenuos ó libertinos. Habiéndose tratado de los ingenuos, se hablará ahora de los libertinos. Acerca de estos se pregunta: 1° qué son? §. 93; 2° por qué modos fueron manumitidos? §. 94. hasta el 104; 3° cuántas clases hubo de libertinos? §. 105 hasta el 110; 4° qué derecho tuvieron los patronos sobre los libertinos? §. 111 hasta el 112.

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

Adviértase de paso, que no se deben confundir en nuestro Derecho los vocablos *liberto* y *libertino*. Se llamaba uno *liberto* respecto del patrono que le habia manumitido; y *libertino* por razon del estado á que

pasaba por la manumision. Por tanto, puede decirse absolutamente, *Tiron fué libertino;* mas si se añade el patrono, se dirá: *Tiron fué liberto de Ciceron*, y no libertino de Ciceron.

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

(a) La palabra *manumissio* se deriva de la frase latina *de manu datio*, pues en el Derecho *manus* significa potestad. De aquí es que de Rómulo se dice *omnia manu gubernasse*, esto es, que gobernó con autoridad y á su antojo, *L.* 2. §. 1. *ff. De or. jur.* Por eso se dice que los hijos están *in manu parentum*, esto es, en la potestad; y si salen de esta, se llaman *emancipados*, como si dijéramos *è manu dimissi*. Que el esclavo puede ser manumitido, se prueba fácilmente. El esclavo es cosa (§. 77); luego está en el dominio. Lo que está en mi dominio, puedo desampararlo, renunciando á lo que es mio; luego puedo renunciar al dominio que tengo en el esclavo. Si puedo renunciar al dominio, tambien puedo manumitirle, y por consiguiente puedo manumitir al esclavo.

§. XCV. Examinemos ya de cuántos modos se hace la manumision (1). Los dividiremos en *solemnes* y *mé-*

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

§. XCVI. Los modos solemnes requerian ciertas solemnidades. Pero si los esclavos eran manumitidos sin ritos ni ceremonias, y los señores declaraban sin las solemnidades prescritas su voluntad, la manumision era llamada (c) *ménos solemne*. Podian ser manumitidos de este modo 1° por cartas; 2° entre amigos; 3° por convite; 4° llamando á uno *hijo*. En una palabra cualquier conjetura era bastante. Hai un ejemplo notable en Suetonio, *De claris rhet., c. 1*. Unos marineros que conducian en su barco esclavos de venta, colgaron al cuello de un muchacho un anillo de plata, en forma de corazon, de que usaban los hijos de los romanos nobles, para que los publicanos le tuviesen por ingenuo, y el muchacho fué declarado libre, porque habia llevado con beneplácito de sus señores el signo de la ingenuidad.

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

§. XCXVIII. Á la manumision del censo sustituyó la manumision en las sacrosantas iglesias Constantino el Grande, *L. I. C. De his qui in SS. eccl.* Pues como antiguamente los gentiles manumitiesen alguna vez en el templo de los dioses (Jac. Gothofr. *ad L. un. C. theodos. De SS. eccl.*), Constantino, emperador cristiano, juzgó que debia imitarlos en esto; y de ahí nació la manumision en las sacrosantas iglesias. Se hacia de

esta manera: 1° el señor conducia al siervo á la iglesia, y á presencia del clero declaraba que era libre. 2° Este acto se reducia á instrumento público, y lo firmaba el señor. 3° Se abrian las puertas de la iglesia, y se permitia al esclavo que pudiera ir por donde le acomodase; y como las puertas abiertas se llamaban en la edad média *passæ portæ*, de aquí trae orígen la palabra *pasaporte*.

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

§. C. La manumision *por vindicta* tuvo nombre de la vara del lictor, que se llamaba *vindicta*, de Vindicio, esclavo de los Vitelios, que habiendo descubierto una conjuracion de ciertos jóvenes para hacer venir al rei Tarquino, en premio de aquel servicio fué manumitido por el senado con la ceremonia que en adelante se conservó, *Liv. l. 2. c. 5.* y *L. 2. §. 24. ff. De O. J.* Hacíase esta manumision del modo siguiente; 1° el siervo era conducido á la presencia del magistrado que tenia la accion de la lei, como el cónsul, pretor, procónsul: 2° el señor le mandaba dar una vuelta, y 3° dándole una bofetada decia: *quiero que este hombre sea libre*. 4° En seguida el lictor le daba un golpecito con la vara. Hechas estas formalidades era libre. Por eso Persio, *Sat. 5. v. 75.*, dice:

Heu steriles veri, quibus una quiritem
Vertigo facit.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

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

Persio, *ibid. v.* 88:

Vindictâ postquam meus à prætore recessi.

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

§. CI. Ninguna solemnidad requeria la manumision que se hacia *por carta*, mas que el señor confesase tansolo en una carta, que hacia libre á su esclavo. Pero Justiniano mandó posteriormente que firmaran la carta cinco testigos, *L. un.* §. 1. *C. De latin. libert. toll.* La razon fué sin duda, porque los señores negaban alguna vez obstinada y pérfidamente haber escrito tal carta, ó porque los esclavos que se escapaban, procuraban contrahacer cartas de esta clase: cuyos inconvenientes creyó remediar Justiniano, mandando que cinco testigos estuviesen presentes á la manumision, y firmasen la carta.

§. CII. El siervo podia tambien ser manumitido *entre amigos* sin necesidad de carta, *L. un.* §. 2. *C. eod.*

Esto lo introdujo Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades; pues así como es igual que el testador mande escribir el testamento, ó que esprese su voluntad á presencia de siete testigos, de la misma manera es idéntico que uno manumita al esclavo por carta firmada por cinco testigos, ó que lo haga sin carta á presencia de los testigos.

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

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

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

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

Lo que es lo mismo que si dijese: basta el que permitas que coma con tus esclavos. No pudiendo pues comer los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

esclavos con sus señores, se presumia que el señor manumitia á los esclavos, á quienes mandaba comer consigo á la mesa.

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

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

1° Por el derecho antiguo todos los esclavos manumitidos ó libertinos se hacian *ciudadanos romanos*, y por esta razon se hacian partícipes de todos los derechos que gozaban los ciudadanos romanos, de manera que hasta podian asistir á los comicios. Por lo cual dice Ciceron, *pro Cornelio Balbo, c. 24: Servos denique, quorum vis et fortunæ conditio infima est bene de rep. meritos, persæpe libertate, i. e. civitate publicá donatos esse videbamus.* Los esclavos debian este beneficio al rei Servio Tulio, que habiendo sido de condicion libertina, habia subido á la dignidad régia, y acordándose de su condicion primitiva, mandó que los esclavos manumitidos fueran ciudadanos, *Dion. Halic. l. 4. p. 126.* Así se observó desde los tiempos antiguos hasta Augusto, bajo cuyo imperio y el de su sucesor Tiberio, fué cuando empezó á ser mas dura la suerte de ciertos libertinos.

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

Dionisio de Halicarnaso, *l. 4. p. 228*, esplica mui bien la causa que movió á Augusto á empeorar la condicion de ciertos libertinos. Antiguamente no se manumitian mas que los esclavos buenos y morigerados; despues los señores empezaron á manumitir á los rateros, ladrones y envenenadores, en premio de las maldades cometidas de acuerdo con sus señores; de donde resultaba que Roma se corrompia con el contacto de estos hombres

abominables. Para evitarlo en adelante, estableció Augusto por la lei elia sencia, que los libertinos, á quienes durante la esclavitud se hubiese impuesto la pena de ser azotados, atormentados ó marcados, no se hiciesen ciudadanos, sino dediticios.

§. CVII. Los libertinos *latinos* fueron introducidos por Tiberio, bajo cuyo imperio se dió la lei junia norbana en el año 771 de Roma, por la cual se mandó que todos aquellos que no fueran solemnemente manumitidos (véase el §. 93.), no se hiciesen ciudadanos romanos, sino *latinos*, §. 3. *Inst. h. t.* Latinos eran los pueblos que habitaban en el Lacio, los cuales eran algo de mejor condicion que las demas naciones vencidas; pero de mucho peor que los ciudadanos romanos. Así pues el que era manumitido, no por testamento, ni por censo, ni por vindicta, sino ménos solemnemente, por carta, entre amigos, por convite etc.; este no se hacia dediticio ni tampoco ciudadano, sino que se llamaba *latino* ó *latino juniano* del cónsul Junio, en cuyo consulado se dió la lei junia norbana.

§. CVIII y CIX. Así que desde estos tiempos eran de tres maneras los libertinos (1), unos se hacian ciudadanos, otros latinos y otros dediticios, §. 3. *Inst. h. t.* (a) *Ciudadanos* se hacian, cuando eran manumitidos por censo, en las sacrosantas iglesias, por testamento ó por

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

vindicta. (b) *Latinos*, siempre que se manumitian ménos solemnemente, por carta, entre amigos, en un convite, ó por la denominacion de hijo, con tal que no se les hubiese impuesto pena infamante por algun delito. (c) *Dediticios*, cuando ántes de la manumision habian sido azotados, atormentados ó marcados.

Era mui diverso su estado: (a) los ciudadanos gozaban de los derechos comunes, como de *casamiento* (pues podian casarse legítimamente, y sus hijos estaban en la patria potestad), de *los contratos* (pues podian comprar y vender en la ciudad los predios y todas las demas cosas), y de la *testamentifaccion* (pues podian testar, ser instituídos herederos y ser testigos en un testamento). (b) Los latinos tenian sí el derecho de los contratos, pero no de la testamentifaccion ni del casamiento, á no ser que se les concediese espresamente. (c) Ninguno de estos derechos tenian los dediticios, ni esperanza alguna de alcanzar el derecho de ciudad; por lo cual únicamente se diferenciaban de los esclavos en que no tenian señor.

§. CX. Resta 3º hablar de lo que sucedia por Derecho novísimo. Por él (a) restableció Justiniano algunas costumbres antiguas, y quiso que todos los manumitidos fuesen ciudadanos; lo cual estableció en la *L. un. C. De lat. lib. toll.* y *L. un. C. De dedit. lib. toll.* (b) Concedió á todos los libertinos los derechos de ingenuidad, y mandó que no hubiese ninguna diferencia entre ingenuos y libertinos; y finalmente (c) dió á los libertinos el derecho de poder llevar anillos de oro, *Nov.* 78.

c. 1., de cuyo adorno solo gozaban en otro tiempo los caballeros romanos. Es sabido que Aníbal, despues de la batalla de Cánas, envió á Cartago algunos modios de anillos de oro, para mostrar cuánta multitud de caballeros romanos habia muerto en aquella batalla, *Livio, lib.* 23. *c.* 2, *Floro, lib.* 2. *c.* 6. §. 18, *Valer. Max. l.* 7. *c.* 2. *n.* 13. *exempl. ext.* Así que solos los caballeros llevaban antiguamente anillos de oro, y los príncipes daban esta insignia á los que admitian al órden ecuestre, *Suet. Cæs.* 37. *et* 39. *Vitell. c.* 12. *Tac. hist. l.* 1. *c.* 13. §. 1. *et lib.* 2. *c.* 57. §. 5. Justiniano por consiguiente fué en sumo grado liberal, pues que no solo quitó aquella diferencia de libertinos, sino que los hizo ingenuos, y les concedió los anillos de oro, que antiguamente eran propios de los caballeros romanos.

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

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion fingida*. Los romanos fingian que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porque les debian una especie de vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacian personas; de modo que debian á los patronos el beneficio de ser personas. Los patronos estaban por tanto en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aquí es que los libertos tomaban los

nombres propios y los apellidos de sus patronos, como los hijos, v. gr. el siervo manumitido por Ciceron, ántes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en la *L.* 94. *ff. De legat.* 3. *L.* 88. §. 6. *De legat.* 2. *L.* 108. *ff. De cond. et demonst.*, donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas vezes legados á los libertos, con la condicion y mandato de que no dejasen el apellido del patrono.

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

gado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, §. 3. *Inst. eod.*

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

TÍTULO VI.

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

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

§. CXV. En el §. 109 hemos dicho ya cuándo se dió aquella lei. Aquí consideraremos dos de sus capítulos: por el primero se prohibia manumitir los esclavos en fraude de los acreedores, §. 113 hasta el 119; por el

segundo, que los menores de veinte años manumitiesen, á no observar ciertas condiciones, §. 120 y 121.

§. CXVI. Acerca del primer capítulo se pregunta, 1° ¿qué efecto tenia la manumision hecha en fraude de los acreedores? §. 116; 2° qué es manumitir en fraude de los acreedores? §. 117; 3° cuáles fueron las escepciones de esta regla? §. 118 y 119. (1°) Pregúntase pues, ¿qué efecto tuvo la manumision hecha en fraude de los acreedores? Sobre esto debe observarse la siguiente regla: *el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace.* Los esclavos entre los romanos, como entre otras naciones, constituían una principal parte de las riquezas, porque siendo los esclavos cosas, no se juzgaba ménos rico aquel que tenia muchos esclavos que el que poseía rebaños, campos y heredades; y así el que v. gr. debia diez mil florines, y tenia diez esclavos, cada uno de los cuales podia ser vendido en mil, tenia con que pagar. Pero los deudores maliciosos, cuando se veían amenazados por los acreedores, solian manumitir á sus esclavos, y entónces no les quedaba con que satisfacer á sus acreedores. Y porque semejante fraude era mui perjudicial, quiso Augusto que estas manumisiones fuesen nulas. Finalmente debe observarse, que en el Derecho es mui distinto ser una cosa *nula*, ó ser de la clase de las *que se deben rescindir*. *Nulo* se dice aquello que no tiene efecto sin la accion judicial, v. gr. la enajenacion hecha por el infante; mas la palabra *rescindir* se aplica á lo que en sí tiene efecto; pero se hace írrito por el juez, por cierta y calificada causa, v.

gr. la enajenacion de las cosas del menor, hecha con el consentimiento del curador. Esta enajenacion es verdadera en sí y tiene su efecto; pero si aparece que el menor ha sido perjudicado, el juez podrá rescindir la enajenacion, y dar al menor perjudicado la restitucion *in integrum*. Ahora bien, toda enajenacion hecha en fraude de los acreedores no es nula, sino que se rescinde por el juez; y por esto compete á los acreedores la accion singular pauliana, para revocar lo que se ha enajenado en fraude suyo, §. 6. *Institut. De action*. Pero la manumision hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sino que *ipso jure* es nula. Aquí se pregunta, ¿por qué no es mejor el que se rescinda por la accion pauliana? Resp. 1° Porque dada una vez la libertad, no se puede rescindir y quitar; y por eso las leyes prefieren declarar que no se ha dado. 2° Porque por la accion pauliana se revoca lo que ha sido enajenado por el poseedor, y en la manumision nada se ha enajenado, ni hai quien posea la esclavitud de que ha sido libertado el esclavo. Por eso no se podia favorecer á los acreedores de otra manera, que introduciendo el derecho de que nada hace el que manumite en fraude de los acreedores.

§. CXVII. Se pregunta, (II°) ¿qué es manumitir en fraude de los acreedores? Algunas vezes se llama *fraude* á cualquier dolo con que uno engaña á otro. Pero no todo engaño es malo, como sucede, cuando el médico persuade á un muchacho que aborrece las medicinas, que el medicamento que le da, es mas dulce que

la miel. Solamente se llama dolo malo ó fraude, si uno engaña á otro dolosamente, de suerte que sufra por ello daño, v. gr. si uno da á otro, sabiéndolo y con dolo malo, como si fuera de plata, una moneda de cobre plateada. Y para que haya fraude y se invalide la manumision, deben concurrir dos circunstancias: (a) ánimo, intencion ó voluntad de defraudar á los acreedores, esto es, que el deudor sepa que manumitiendo á los esclavos no tiene para pagar, y sin embargo los manumita. (b) El efecto de no poder pagar á los acreedores, manumitidos los esclavos. Si cualquiera de estos dos requisitos faltaba, no era nula la manumision: por ejemplo, si uno hace libre á su esclavo Estico de buena fe, creyendo que es tan rico que puede satisfacer á los acreedores, no obra en fraude de estos, porque le falta el ánimo ó intencion de defraudar. Y si uno manumite de treinta esclavos tres, y manumitidos estos queda tan rico que puede pagar á sus acreedores, tambien se juzga que no obró en fraude de los acreedores, porque no se siguió el efecto, esto es, porque los acreedores no sintieron el daño.

§. CXVIII y CXIX. (III°) De lo que se ha dicho, se deduce fácilmente, qué escepciones tendria esta regla. Eran dos: (a) si uno se juzgaba mas rico de lo que era, y manumitia de buena fe al esclavo, se le debia perdonar. Y aquí pertenece la regla: *muchas vezes los hombres esperan de sus facultades mas de lo que estas permiten*, §. 3. *Inst. h. t.* Lo cual puede acontecer á los comerciantes, en cuyas negociaciones marítimas un

viento hace á unos pobres y á otros ricos. 2° Si uno manumitia en testamento (1) á un esclavo único, y al mismo tiempo le instituía heredero, se le debia perdonar. La razon de la escepcion es esta: entre los romanos era ignominioso que los bienes del difunto fuesen vendidos y repartidos despues de la muerte por los acreedores. Véase á *Cic. Orat. pro. P. Quinct. c.* 15. Por esta razon se permitia instituir heredero al esclavo, el cual, aunque heredero necesario, nada lucraba de la herencia, pues el único objeto era que los bienes fuesen vendidos, no en nombre del difunto, sino del esclavo instituído heredero, y que así no padeciese la fama del difunto.

§. CXX. Sigue ahora el último capítulo, en donde se trata de que el menor de veinte años no podia manumitir, á no observarse ciertas condiciones. 1° El motivo de esta lei fué el fraude de los esclavos, pues si el

(1) En España si los bienes del testador que instituyó por heredero á un siervo propio, no bastaban para pagar las deudas y legados, cualesquiera bienes del instituído por heredero, aún los adquiridos despues de la muerte del testador, quedaban sujetos á la paga, segun la *L.* 21. *tit.* 3. *Part.* 6. Y aunque en la *L.* 24 *del mismo tit. y Part.* se concede al señor insolvente instituir por herederos algunos esclavos, esto no se ha de entender en el sentido de que los así instituídos puedan conseguir á un mismo tiempo la libertad, sino solo en el concepto de que faltando uno, el otro que queda, se hace libre y heredero; pues para que no se vulnere la fama del difunto, que es el fin de la lei, basta que exista un heredero.

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

§. CXXI. Finalmente, supuesto que el amo jóven no podia manumitir á no ser por justa causa, se pregunta cuáles eran estas justas causas? Resp. Parecia justa causa de manumision 1° el parentesco, v. gr. si uno manumitia á su padre, madre, hijo, hija, hermano ó hermanas. Pues qué, ¿podia acaso uno tener tambien por

esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Mui bien podia suceder, porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituía heredero á Siro. Entónces Estico, padre de Siro, y Dabo, hijo de Siro, y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues podia manumitirlos legítimamente por conmiseracion. 2° Algun particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. 3° Cualquier particular afecto, v. gr. si uno manumitiese á su alumno, alumna ó á su hermano de leche. 4° Un fin particular, v. gr. el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podia ser procurador, ni el ingenuo podia casarse con la esclava, aunque podia hacerlo con una liberta. Véase el §. 162.

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

TITULO VII.

LEI FUSIA CANINIA REVOCADA.

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

1°. Se pregunta, por qué, y cuándo se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran escesivamente liberales en manumitir los esclavos. En efecto, 1° los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte por que no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas vezes de que las adquieran los herederos. 2° Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio de Halicarnaso en estos términos: *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in quâ pompâ quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pilcos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi orbis im-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Mui bien podia suceder, porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituía heredero á Siro. Entónces Estico, padre de Siro, y Dabo, hijo de Siro, y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues podia manumitirlos legítimamente por conmiseracion. 2° Algun particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. 3° Cualquier particular afecto, v. gr. si uno manumitiese á su alumno, alumna ó á su hermano de leche. 4° Un fin particular, v. gr. el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podia ser procurador, ni el ingenuo podia casarse con la esclava, aunque podia hacerlo con una liberta. Véase el §. 162.

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

TITULO VII.

LEI FUSIA CANINIA REVOCADA.

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

1°. Se pregunta, por qué, y cuándo se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran escesivamente liberales en manumitir los esclavos. En efecto, 1° los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte por que no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas vezes de que las adquieran los herederos. 2° Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio de Halicarnaso en estos términos: *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in quâ pompâ quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pilcos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi orbis im-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

perium, talibus contaminari civibus. Como sucediese pues que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de manumitir, *Suet. Aug.* §. 40, y lo hizo en el año de 751 por la lei fusia caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta lei el nombre de fusia caninia, pues los antiguos decian Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papirius, *L.* 2. §. 36. *ff. De o. j.*

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

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

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

TÍTULO VIII.

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

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

potestad (y estos se llaman *hijos ó hijas de familia*), ó en la señoril (que se llaman *esclavos* y *esclavas*). En este título se trata de la potestad señoril, y en el siguiente de la patria.

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

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

§. CXXX. II°. De este axioma se derivan todos los derechos de los señores respecto de los esclavos. 1° Porque al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos; pues así como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo, §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas y arrojados á las piscinas. Véase á *Séneca, De ira, l. 3. c. 40. De clementia, c. 18. Plinio, Hist. n. l. 9. c. 24.* 2° Los esclavos eran objetos de comercio, de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título trasferidos á otro, del mismo modo que un buei, un caballo etc. 3° Todo lo

que adquirian los esclavos, lo adquirian para sus señores, y era de estos igualmente que lo que adquirian los bueyes, caballos etc., pues aunque los esclavos tenian peculio, que los miserables adquirian á costa de mil privaciones, podian no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio, *Phorm. act.* 1. *scen.* 1. 9. dice:

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

§. CXXXI. III°. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte, del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion, que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal, *Séneca, l. c.* Así que por Derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.*, y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. De emend. serv.*; y aún se imponia pena estraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona Umbricia, relegada por Adriano por cinco años, porque trataba cruelísimamente á las esclavas por la mas leves causas, *L. 2. §. ult. ff. De statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen, y que el dinero se entregase al señor, para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Julio Sabino, que, castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estatua del príncipe, como á un asilo, §. 2. *Inst. h. t.*

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

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

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

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

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

§. CXXXV, CXXXVI y CXXXVII. I°. El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia á otros que á los quirites, esto es, á los ciudadanos romanos, §. 2. *Inst. De jur. nat. gent. et civili.* Se debe observar 1° que los hijos no fueron personas respecto del padre, sino cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas: los hijos eran personas respecto de todos los otros hombres, ménos respecto del padre. 2° Y como respecto de este fuesen cosas, no personas, estaban en

el dominio del padre; y por eso podian ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas, *L.* 1. §. 2. *ff. De rei vindic.*; ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L.* 14. §. 13. y *L.* 38. §. 4. *ff. De furt.* Finalmente los hijos, como cosas, podian ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bynkershoeck* enseñó el primero en el tratado *De jure occidendi liberos*, *c.* 1. *p.* 145. *Patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris quiritium vel quiritarium*. 3° De aquí nace el axioma, que los padres usaban en los hijos por Derecho romano la misma potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas. Y aún era mas dura la condicion de los hijos que la de los esclavos, en cuanto estos no podian ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez, se hacian libres; miéntras los hijos podian ser vendidos tres vezes por el padre, y manumitidos dos vezes, volvian no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la patria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se derivan todos los efectos de la patria potestad.

§. CXXXVIII. II°. Estos efectos son de dos géneros; los unos se derivan del dominio quiritario, de los cuales se trata en el §. 137; y los otros de que los hijos é hijas no son personas respecto del padre; de lo que se hablará en el §. 139. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritario, son estos, 1° que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte,

L. 11. *ff. De lib. et posth.*, *Dion. Halic. l.* 11. *p.* 96. Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto mas bien que tener derecho *de vida y muerte*, seria una *injusticia*), sino del derecho y facultad con que el padre, como juez doméstico, puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al magistrado. De este modo castigaron los padres á C. Casio, *Val. Max. l.* 5. *c.* 8, á Escauro, *V. Max. ib.* §. 2. y á Fulvio, *Sall. De bello catil. c.* 39. 2° Que se permitia al padre vender tres vezes á los hijos, por manera que vendidos dos vezes, y manumitidos otras tantas por el comprador, volvian sin embargo á la patria potestad, y no salian de ella, á no ser por la tercera manumision, *Dion. Halicarn. l.* 11. *p.* 97. 3° Que el hijo podia ser dado *noxæ*, §. 7. *Inst. De nox. act.* Esta frase *noxæ dare* significaba entregar, para satisfaccion del dañado, al esclavo ó hijo que habia cometido un delito privado, como hurto, rapiña, daño, injuria. Los padres estaban obligados, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querian, podian poner al hijo bajo la esclavitud del que habia recibido el daño, ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. 4° Que todo lo que adquirian, igualmente que los esclavos, lo adquirian antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *lib. II. tit.* 9. Que esta potestad se estendia á los nietos y biznietos de los hijos varones (1); pues siendo aśi que

(1) En España los nietos no están bajo la potestad del abue-

de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por la cual los hijos de los esclavos están bajo la potestad señoril), los hijos de los hijos están en la misma potestad en que se hallan estos constituídos.

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

§. CXXXIX. Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sino cosas. De este principio se sigue 1° que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. De pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacia todas las cosas en lugar del hijo, y el hijo podia estipular para el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados, pues *en los públicos* el hijo de familia era tenido por padre de familia; y así el hijo podia ser tutor, cónsul, pretor, *L.* 9. *ff. De his, qui sui vel etc.* 2° Que no habia ninguna accion entre el padre é hijo de familia, ninguna obligacion, ningun litigio, ningun contrato; pues nadie puede contratar ó litigar consigo mismo,

lo, por cuanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden del mismo hijo; mas para que la emancipacion de los hijos se verifique por el matrimonio, son necesarias las velaciones. Véase la *L.* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la N. R.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

L. 4. ff. De judic. L. 6. Inst. De inutil. stipul. 3° Que el padre podia dar á sus hijos tutor en el testamento, §. 3. *Inst. De tutor.;* pues estando los hijos en el dominio del padre (§. 136.), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, el padre podia tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debian ser regidos despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio se infiere tambien, 4° que los padres pueden sustituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer así en el testamento: mi hijo sea heredero, y si llega á morir dentro de la pubertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. De pup. subst.* 5° Que no pueden ni casarse, ni recibir préstamos, ni hacer ninguna otra cosa de importancia sin el consentimiento del padre.

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

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

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

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

§. CXLII. 3° La tercer variacion pertenece á lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoi todas las cosas que tiene el hijo, sino que hai gran di-

ferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

§. CXLIII. 4º En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoi dia para satisfacer al que ha sufrido un daño, §. 7. *Institut. h. t.* 5º Raras vezes compete hoi al abuelo la potestad sobre los nietos en vida del padre, porque actualmente son mui pocos los hijos que se casan no pudiendo mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entónces salen tácitamente la mayor parte de las vezes de la patria potestad. (Véase el §. 199). Los demas efectos del derecho de la patria potestad aún están en observancia.

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

título X, de la legitimacion en el mismo, y de la adopcion en el título XI (1).

CAPÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

§. CXLV. Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad;* por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los derechos en razon de las nupcias, pues unas son legítimas por Derecho natural y de gentes, otras por Derecho canónico, otras por

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

En la actualidad las obligaciones del padre de familia en España, han quedado reducidas á alimentar y educar á los hijos, y á tener que instituirlos herederos, no habiendo justa causa de desheredacion; y los derechos consisten en adquirir por ciertos títulos por medio de sus hijos, darles el consentimiento para contraer matrimonio, si son menores de 25 años los varones, ó de 23 las hembras, y para que comparezcan en juicio, nombrarles tutor, sustituirles pupilarmente, sucederles abintestato, cuando no dejan descendientes, ser en el mismo caso herederos forzosos de las dos terceras partes de la herencia, desheredarlos, cuando hai justa causa, y mejorar en tercio ó quinto á los descendientes que elijan.

ferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

§. CXLIII. 4º En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoi dia para satisfacer al que ha sufrido un daño, §. 7. *Institut. h. t.* 5º Raras vezes compete hoi al abuelo la potestad sobre los nietos en vida del padre, porque actualmente son mui pocos los hijos que se casan no pudiendo mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entónces salen tácitamente la mayor parte de las vezes de la patria potestad. (Véase el §. 199). Los demas efectos del derecho de la patria potestad aún están en observancia.

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

título X, de la legitimacion en el mismo, y de la adopcion en el título XI (1).

CAPÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

§. CXLV. Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad;* por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los derechos en razon de las nupcias, pues unas son legítimas por Derecho natural y de gentes, otras por Derecho canónico, otras por

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

En la actualidad las obligaciones del padre de familia en España, han quedado reducidas á alimentar y educar á los hijos, y á tener que instituirlos herederos, no habiendo justa causa de desheredacion; y los derechos consisten en adquirir por ciertos títulos por medio de sus hijos, darles el consentimiento para contraer matrimonio, si son menores de 25 años los varones, ó de 23 las hembras, y para que comparezcan en juicio, nombrarles tutor, sustituirles pupilarmente, sucederles abintestato, cuando no dejan descendientes, ser en el mismo caso herederos forzosos de las dos terceras partes de la herencia, desheredarlos, cuando hai justa causa, y mejorar en tercio ó quinto á los descendientes que elijan.

Derecho civil, y otras por Derecho de los protestantes; v. gr. el Derecho natural prescinde absolutamente de los ritos nupciales; el Derecho canónico los juzga necesarios, porque, segun la opinion de los católicos, el matrimonio es un sacramento; el Derecho civil cree que las nupcias solo consisten en el consentimiento; finalmente el Derecho de los protestantes desecha la doctrina del sacramento, y solo permite al magistrado que intervenga en los ritos nupciales. Para no tratar confusamente todas estas cosas, consideraremos por separado estos derechos, y examinaremos 1° qué son nupcias, §. 146 y 147; 2° con qué ritos se celebran, §. 148; 3° qué personas pueden contraer matrimonio, §. 149 hasta el 163; y 4° cuál es la pena de las nupcias ilegítimas, §. 164.

§. CXLVI. (I°) En cuanto á *la definicion de las nupcias*, de distinta manera las definen los doctores del Derecho natural, del canónico, del civil y del protestante. 1° *Por Derecho natural* las nupcias son *la union de varon y de hembra, dirigida á procrear hijos*. De aquí es que por Derecho natural no se pregunta, si deben unirse dos ó mas personas, si estas dos personas pueden ser cognadas ó afines, si la union debe ser perpetua etc., pues todas estas cosas se han introducido por las leyes civiles. Por Derecho natural basta que se consiga el fin, que es *la procreacion de la prole*. Así que por Derecho natural fueron legítimas las nupcias entre los hijos de Adan, esto es, entre hermanos y hermanas, porque entónces no habia leyes que

prohibiesen semejantes matrimonios. 2° *Por el Derecho canónico* las nupcias son *un sacramento propio de los legos, por el cual el varon y la mujer se unen segun los preceptos de la Iglesia*. Llaman á las nupcias sacramento, por ser sabido que los católicos establecen siete sacramentos, entre los cuales cuentan el matrimonio. Dicen que es un sacramento *propio de los legos*, porque está prohibido el matrimonio á los clérigos. Dicen, *por el cual se unen el varon y la mujer segun los preceptos de la Iglesia*, pues no permiten á los magistrados juzgar de las nupcias, porque son un sacramento, ni dar leyes sobre él; sino que juzgan que el conocimiento de esto pertenece á las Iglesia, esto es, al pontífice y á los obispos. 3° *Por Derecho civil* son las nupcias *la union del varon y la hembra, consorcio de toda la vida, y comunicacion del derecho divino y humano, L. 1. ff. De rit. nupt.* Llaman *union* al matrimonio, porque por Derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aún cuando no intervenga el concúbito; á cuyo propósito pertenecen los notables testos de la *L. 5. L. 6. ff. De rit. nupt. Union del varon y la hembra*, pues á los romanos les estaba prohibida la poligamia simultánea, §. 6 y 7. *Inst. h. t.* Añaden, *consorcio de toda la vida*, pues la mujer estaba obligada á vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases, *domun ducere, uxorem ducere*. Y finalmente, *comunicacion del derecho divino y humano*, porque los romanos tenian sus dioses domésticos, á quienes llamaban Lares y Penates; y las muje-

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

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

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

§. CXLIX. Se pregunta, (III°) qué personas pueden contraer nupcias? Nótense aquí los requisitos que siguen: 1° que el varon sea púber, esto es, que tenga catorce años, *pr. Inst. h. t.* (1) pues de otra manera

(1) Para que pueda contraerse matrimonio, debe el varon

se cree que no es apto para el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y el mutuo ausilio. Es verdad que el Derecho canónico concede tambien las nupcias cuando, como dicen, la malicia suple la edad, *c.* 3 *X. De spons. imp.*; pero los protestantes no admiten esta doctrina respecto de los simples particulares. Tambien se conceden las nupcias á los príncipes impúberes, mas con la condicion de que se dilate su complemento por el concúbito hasta los años de la pubertad. 2º Que uno se case con una, y una con uno; porque todos los Derechos condenan la poligamia, escepto el Derecho natural. Del Derecho civil consta por el §. 6, 7. *Inst. De nupt.*, del Derecho divino por san Mateo c. 19, v. 8 y del Gén. c. 2. v. 24.

§. CL. 3º El tercer requisito es que sean ciudadanos los que contraigan nupcias, *pr. Inst. h. t.* Porque entre los esclavos no habia nupcias, sino contubernio, y entre los estranjeros, matrimonio, *L.* 13. §. 1. *ff. Ad leg. jul. de adult.* (1) Es decir, que los estranjeros tenian mujeres, aunque esta union no producia los mismos efectos que las nupcias de los romanos, porque ni habia dote, ni los hijos procreados de un semejante matrimonio estaban en la potestad del padre. En suma todos los hombres podian contraer el matrimonio del Derecho de gentes, pero no las nupcias del Derecho civil;

tener 14 años y la hembra 12, á no ser que estén muí próximos á esta edad, de manera que puedan juntarse carnalmente, *L.* 6. *tit.* 1. *Part.* 4.

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

diferencia que no existe en el dia. 4º Que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre, en cuya potestad están. (1) Entre los romanos (a) debia preceder el consentimiento del padre, *pr. Inst. h. t.*; (b) las nupcias contraídas sin él eran nulas; (c) el hijo del furioso, por Derecho antiguo, no podia casarse en vida de su padre, *pr. Inst. h. t.* Hoi dia exigimos el consentimiento de ambos padres, y aún del curador; pero no tan rigurosamente.

§ CLI. El quinto requisito es que las personas puedan unirse segun las leyes. Porque entre ciertas personas se prohibian las nupcias (a) como incestuosas, §. 152 al 161; (b) como indecorosas, §. 162; (c) como perjudiciales, §. 163 (2).

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

(2) En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio, seguimos el Derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concernientes á su valor. Así que, ademas de la prohibicion en infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado in-

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

clusive de la computacion canónica en la trasversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad, con tal que aquella nazca de matrimonio, porque si proviene de ilícito ayuntamiento, no pasa del segundo grado la prohibicion. El matrimonio rato y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama *de pública honestidad*, y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al primero solamente en los esponsales. Por último el *parentesco espiritual* procedido del bautismo, solo se estiende al bautizado, á su padre y á su madre por una parte, y al bautizante y al padrino por la otra; lo cual se aplica tambien á la confirmacion. Véase el *Conc. trid. ses. 24. cap. 2.* y los dos sigg. *De reform. matr.*

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

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

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

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

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

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

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

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

Ni es absurdo el no contar la línea curva, signo de los casamientos, cuando, segun la frase de la Escritura,

son una carne los dos cónyuges, y por eso se consideran mui bien aquí por una sola persona.

§. CLVII. En la prohibicion de las nupcias es tambien de grande importancia *el respecto de parentela*, como dicen, y tanto que siempre impide el casamiento. Y qué es *el respecto de parentela?* Es un parentesco entre dos personas, de las cuales la una está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Decimos que está *inmediatamente* próxima al tronco comun, y por eso no basta que la una esté mas inmediata, y la otra mas próxima; por ejemplo, las tias materna y paterna están en lugar de mi madre, porque ambas á dos están inmediatamente próximas al tronco comun, aunque yo esté mas distante. (*lám. I. fig. 12.*)

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

Tan estrecho parentesco creyeron los antiguos que habia con estas personas, que las llamaron *thii* y *thiæ*, como si dijésemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros, como nuestros mismos padres. Simplicio en su comentario *ad Epict. Enchirid. c. 37*, dice á este próposito: *Antiquiores leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare non dubitarint. Sed quamvis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen patrum et sorores græci adhuc* θέους,

qu. divinos divinasque appellant, ut demonstrent quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent. Y así, pareciendo santas y venerables estas personas, no es de estrañar que las leyes divinas y humanas prohibiesen el que se contrajese matrimonio entre ellas.

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

1ª *En la línea recta están prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes.* Todos los Derechos convienen en esta regla: el divino los prohibe espresamente en el Lev. c. 18. v. 7. Se añade *hasta el infinito,* para mostrar que nada importa que estén en cualesquier grados. Así, por ejemplo, la cuarta abuela no se podrá casar con su tercer nieto, como tampoco la abuela con el nieto, ni la madre con el hijo. Por eso se suele espresar esta regla con el ejemplo, de que si Adan no hubiera violado el precepto divino de no comer del fruto del árbol, y Eva lo hubiera quebrantado, y por ello hubiera muerto, no habria aquel hallado en todo el género humano mujer con quien volverse á casar, porque todos los hombres son descendientes de Adan, aunque distantes en muchísimos grados.

§. CLIX. 2ª *Por el Derecho civil están siempre prohibidos el segundo y tercer grado en la línea oblícua; el cuarto y los demas solamente entre aquellas personas que están en lugar de padres ó hijos,* esto

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por ejemplo (*lám. I, fig.* 15.), si viviera y hubiera perdido á su mujer, le sucederia lo mismo que á Adan, pues no podria casarse, segun el Derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

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

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

§. CLXI. Tambien hai *cognacion espiritual*, introducida por el Derecho canónico; *cognacion civil*, nacida del Derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que tambien es del Derecho civil; de todas las cuales vamos á decir algo. El *parentesco espiritual* se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y tambien entre los padres y el padrino etc.; á todos estos prohibe casarse el Derecho canónico. *El parentesco civil* nace de la adopcion, porque imitando la adopcion á la naturaleza, los hijos adoptivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibia casarme con una mujer parienta por generacion natural, por las mismas se me prohibian las nupcias con las que eran parientas

mias por adopcion; por ejemplo, el padre no podia casarse con la hija natural (*lám. II, fig.* 7.), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podia casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano no podia casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibicion viene solamente de la lei civil, y no se funda mas que en una ficcion, puede dispensarse fácilmente. Por esta razon el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio Vero. (*lám. II, fig.* 8.). La *cuasi-afinidad* es un parentesco que se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales; v. g. mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y ántes de casarse muere este; pues entre Ticia y yo hai cuasi-afinidad, que no permite que me case con ella.

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

§. CLXIII. (c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya 1° por causa de la religion, entre un cristiano y una judía, *L.* 6. *C. De judæis;* ó 2° por menoscabo de los bienes de la casa entre el tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretesto para negarse á dar cuentas, *L.* 59. *ff. h. t.* ó 3° por rezelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una mujer natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevaliera de su ausilio para tiranizarla, como Marco Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L.* 57. 64. *ff. h. t.*

§. CLXIV. (IV°) Es la última cuestion, si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendria? (1) Segun el §. 12. *Inst. h. t.*, la nulidad. Seria

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

pues nulo el matrimonio, y no habria cónyuges ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legítimos, ni están constituídos en la patria potestad, sino que son bastardos. Algunas vezes todavía se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

DE LA LEGITIMACION.

§. CLXV. *Otro modo de reducir los hijos á la patria poiestad* es la legitimacion. Nada dicen absolutamente de ella las Pandectas, porque fué inventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. últ. ff. De adop.* y la *L.* 57. *ff. De ritu nupt.*; de las cuales dicen constar, que ántes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero responderemos que la *L. últ. ff. De adop.* no trata, segun se infiere de su rúbrica, de la legitimacion sino de la adopcion, y que la *L.* 57. solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

§. CLXVI. Esplicaremos por partes la definicion de

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

padre, porque padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legítimas. *L.* 5. *ff. De in jus voc.;* y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por Derecho. Mas por la legitimacion son reducidos á la patria potestad, y por esta razon en el §. 165 dijimos que la legitimacion era causa de la patria potestad.

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

semejantes hijos son absolutamente incapazes de legitimacion.

§. CLXVIII. Pasemos á la division de la legítimacion. Relativamente al modo, es de tres maneras, pues ó se hace *por subsiguiente matrimonio, ó por oblacion á la curia*, ó *por rescripto del príncipe*. La primera fué inventada por Constantino el Grande, el cual, con el fin de abolir el concubinato, dispuso que este modo de legitimar valiera tansolo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo perpetuo de legitimar, *Nov.* 74. Véase á Desider. Herald. *Rer. et quæst. jur. quotid. lib.* 1. *c.* 4. §. 2. El otro modo lo inventó el emperador Teodosio el Jóven, *L.* 3. *C. De nat. lib.* y el tercero Justiniano. *Nov.* 74.

§. CLXIX. *Por subsiguiente matrimonio* son legitimados los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte mujer honesta, desde el momento que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por mujer á la madre de estos hijos. Requiérese pues, 1° que la madre sea mujer honesta, no ramera, etc. §. *últ. Inst. h. t.* 2° Que contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finge que los hijos nacidos ántes de este matrimonio, nacieron despues de contraído, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta, 3° ¿si no se requiere tambien la escritura dotal, pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *últ. Inst. h. t.?* Á esto se responde, que hoi no es necesaria; pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano,

porque entónces no habia ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habian caído en desuso. La bendicion sacerdotal *coram facie ecclesiæ* todavía no estaba recibida (1), y así es que no habia entónces otro signo para distinguir las nupcias legítimas del concubinato sino la escritura dotal. Por esto en Plauto, *Trin. act. III. scen. 2. v. 63.* leemos, que un jóven de Lésbos no queria dar en matrimonio sin dote á su hermana Lisitela, porque habia disipado todos sus bienes, dando esta razon :

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

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

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

§. CLXX. El otro modo de legitimar es *por oblacion á la curia;* y para esplicarlo recurriremos á las antigüedades. Por *curia* se entiende aquí el cuerpo de magistrados municipales, pues en cada municipio habia senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidian los duunviros, que eran como los cónsules. Estos oficios estaban unidos con la dignidad, y ademas este órden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Sin embargo los hombres aborrecian muchísimo estos cargos, tanto que Bernabé Brisson, *Antiq. rom.* ha observado, que los cristianos fueron alguna vez agregados por los gentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacian los curiales; pues tenian que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos y convites, tanto que alguna vez les absorbia aquella dignidad todo su patrimonio. Véanse nuestras *Antiq. rom. h. t.* Siendo tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraídos con varios privilegios, para que se consagraran á la curia, entre los cuales fué uno el de Teodosio, por el cual, si uno ofrecia su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L.* 3. *L.* 4. *L.* 9. *C. De nat. lib.* Pero no necesitándose hoi de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aún en las poblaciones pequeñas, y no acostumbrando los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoi dia es de ningun uso este modo de legitimar.

§. CLXXI. El último modo de legitimar es el que se

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

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

que sucedan los legitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado, suceden, aunque de modo que los legítimos que ántes habia, tengan la principal porcion legítima.

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

ADVERTENCIA DEL TRADUCTOR.

Casi toda la doctrina de Heineccio acerca de la legitimacion, está fundada en un principio erróneo, á saber, en cierta *ficcion retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos; de donde resulta parecer estos procreados despues de contraído aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios intérpretes, y entre otros por justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobra la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentos vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del Derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tansolo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los engendrados ántes de él, despues de contraído se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído conveniente ponerla á continuacion, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heineccio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

SOBRE

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILÍCITO AYUNTAMIENTO.

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

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

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos; de donde resulta parecer estos procreados despues de contraído aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios intérpretes, y entre otros por justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobra la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentos vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del Derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sino que tansolo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los engendrados ántes de él, despues de contraído se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído conveniente ponerla á continuacion, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heineccio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

SOBRE

LA LEGITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILÍCITO AYUNTAMIENTO.

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

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

(2) En cuanto es legítimo su nacimiento.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

(1) Con los ilegítimos no se cuenta.

(2) A no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimacion.

todavía mas estension por el Derecho canónico. Mas como á pesar de esto los intérpretes del Derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimacion, y estendiéndola otros á algunos hijos nacidos fuera de matrimonio (1), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legitimacion algunos límites, y cuáles sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, segun el mejor órden conveniente.

II. (2) Cuán digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan á cada paso los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece mencionarse particularmente la disertacion de Tomasio *Sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimacion*, en que manifiesta con especial tino el orígen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimacion por subsiguiente matrimonio* trata tambien en una disertacion particular el jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente á las disposiciones del Derecho civil, para influir de este modo todo lo posible en el *uso forense*. Asimismo Francisco Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espurios* y *legitimados*, que se halla en el *tomo I* de sus *Obras, pág.* 519, ilustrándolo, segun su costumbre, con eruditas observaciones, aunque se contiene dentro de la esfera del De-

(1) Lo cual se va á examinar atendiendo al uso actual.

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

recho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fué Francisco Sarmiento, que en el *lib.* 1. *Select. interpret. c.* 5, 6, 7 *y* 8, examina la *legitimacion* de todos los ilegítimos, bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib.* 1. *Ob. jur. civ. cap.* 4, se propuso la esplicacion de cierto tema, que puede facilitar algun ausilio al que trate de meditar esta doctrina. Más luminosas son las ideas que se encuentran en Desidério Heraldo, *lib.* 1, *Rer. et quæst. juris quotid., cap.* 1. *y sig.*, donde habla de la diversa condicion de los *ilegítimos*, y *cap.* 4, en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimacion*. Á él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *De matrim. lib.* 11. espone los preceptos y máximas *del Derecho canónico* con el mayor acierto y claridad.

III. (1) Viniendo ahora á la materia que me he propuesto tratar, se ha de saber que los hijos son por Derecho civil y canónico, ó *legítimos* ó *ilegítimos*. Aquellos no necesitan *legitimacion*, miéntras estos la necesitan, como que les están negados los derechos de *hijos legítimos*. (2) Aunque la condicion de los ilegítimos era varia por Derecho *civil*, pueden no obstante reducirse cómodamente á dos clases: la de los procreados de ayuntamiento *lícito*, pero *ménos legítimo*, (3) y

(1) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos
(2) Estos ó son naturales.
(3) Ó nacidos de cóito prohibido.

la de los nacidos de *concúbito* enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su orígen á una *union natural*, contraída por causa de matrimonio, bien que destituída de los efectos civiles. Á esta seccion pertenecia 1° (1) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unian entre sí por un *enlaze natural*; mas como por Derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaían en los nacidos del contubernio de los esclavos, ni aún estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sino de los señores. Por decirlo en breves palabras, *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del Derecho*, segun la frase de *Heraldo, cap.* 1. §. 19. *del lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Panfilia, se llama *natural* en la *L.* 88. §. 12. *ff. De legat.* 2, dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el jurisconsulto: « porque tambien se creen comprendidos bajo la deno- « minacion de hijos los descendientes naturales engen- « drados en esclavitud. » 2° (2) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la lei *julia* y *papia* dió por honesto el *concubinato*, segun dice Marciano en la *L.* 3. §. 1. *ff. De concubin.*, este comercio, que venia á ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se

(1) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos.
(2) Los nacidos de concubina.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

llamaron *naturales*, por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion, *L.* 5. *C. De natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. Suetonio, *Vespas., cap.* 3. *n.* 4., nos dice, que « Vespasiano, des- « pues que murió su esposa, elevó á Cénide, liberta de « Antonia, á quien hacia tiempo miraba con pasion, « desde la clase de dependiente suya al contubernio, y « la tuvo en el mismo aprecio que si fuera su mujer le- « gítima. » Porque es de saber que aquellas personas que por la *lei civil* no era lícito tomar por esposas *legítimas*, era permitido tenerlas en concubinato, con tal que el varon careciese de mujer legítima y fuese célibe: tales eran la mujer condenada como adúltera en juício público, *L.* 1. §. 2. *D. De concubinis;* la ramera que habia puesto su cuerpo á ganancia, *L.* 44. *D. De ritu nupt.;* la liberta, *L.* 2. *D. De concubinis;* y la mujer de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L.* 57 y 63. *D. De ritu nupt.* Algunas vezes tambien aquella que, pudiendo ser mujer legítima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y á influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa, *L.* 13. §. 6. *C. ad L. jul. De adulter.* (1) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de cóito ilícito y torpe, que lleva crímen consigo. Se llaman espurios, habidos del vulgo, los que no pueden acreditar quién es su padre, como los

(1) Nacidos de concubina.

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

IV. Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion á los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano en la *Nov.* 89 *c. ult.:* « todo el que naciere de uniones sacrílegas, incestuo- « sas y reprobadas, ni se puede llamar hijo natural, ni « debe ser alimentado por sus padres. » Observa Heraldo *lib.* 1. *Quæst. jur. quot. c.* 3. §. 6., que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio; pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes; lo que es admisible segun la cláusula de la lei referida, pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquier cóito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crímenes públicos por la lei julia el estupro y el adulterio. Véase el *c.* 4. *X. Qui filii sunt legit.* Aquí se comprende tambien por Derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios están pro-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

hibidos y tenidos por sacrílegos por causa del voto de castidad; ó si el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una mujer en clase de concubina, lo que está prohibido por Derecho canónico, y reputado por delito, *t. X. De concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido á los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio, que aunque lleguen á contraerlo, no se reputa por matrimonio, sino por amancebamiento, *d. c. 4. X. De cleric. conjug.;* y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilegítimos, iguales á los espurios.

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

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

No era dura ni sensible semejante condicion á los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban esentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor en mucho que la de los legítimos, segun demuestra *Sv. Merecier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. Thesaur. jur. rom. p. 1595).* Á lo ménos eran señores de sí, lo que en el Derecho se llama *sui juris;* pero los legítimos estaban sujetos á otros, ó eran *alieni juris;* cuyo estado habia decaído tanto entónces, que estaban escluídos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos lo gozaban en toda su estension, porque eran ciudadanos romanos y *sui juris;* en todo lo cual conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario los hijos de familia en mui poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenia sobre ellos Derecho de vida y muerte, *L.* 11. *D. De lib. et posth. hered. custod. L.* 10. *C. De patr. potest.;* podia venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aún darlos en prenda, *L.* 5. *ff. Quæ res pig.* §. *ult. Inst. De*

nox. act. Ademas todo cuanto adquirian, era para sus padres; por manera que podia disponer de ellos á su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados á repartir en iguales partes la herencia, aún lo adquirido por sí, §. 1. *Inst. Per quas pers. cuique acquir. pr. Inst. De his qui test. foc. possunt.* Eran de mejor condicion en esto, porque eran herederos de sus padres, y aún en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, §. 2. *Inst. De her. qual. et deff.* §. 5. *Inst. De success. ab intestato.* No así los naturales: pero podian obviar este inconveniente, por no estar prohibido á los padres por derecho antiguo instituirlos por herederos en testamento, y aún veian compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goze de las demas prerogativas de ciudadano romano.

VII. No era pues tan interesante, como se cree, á los hijos naturales el legitimarse ó el que se les concediese el beneficio de la legitimacion, como se dice vulgarmente. Más era en beneficio de los padres que los sujetaban á su potestad; lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecian de otros hijos. Constantino fué el primero que fijó un modo de legitimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella: Zenon nos recuerda esta lei de Constantino en la *L.* 5. *Cod. De natural. lib.*, y dice: « Renovando la respetable san-
« cion del gran Constantino, que consolidó el Imperio

« romano con la fe católica, acerca de poder tomar por
« esposas á las concubinas ingenuas, y de tener por le-
« gítimos los hijos habidos de ellas, ántes ó despues de
« contraído el matrimonio, mandamos, etc. » Dice Heraldo, *lib.* 1. *Quæst. jur. quot. c.* 4. §. 1., que deben notarse dos cosas: es la primera, que el emperador, por esta constitucion, ya instruído en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fué lei general, sino que se dió solo para aquellos que habian tenido hijos de concubina ántes de su promulgacion, no para los que nacieran despues; lo que tambien observó Godofredo *ad L.* 1. *Cod. theod. De natural. lib.* Lo primero se demuestra por haber encontrado un modo de reducir á justo matrimonio el concubinato. Se habia hecho tan frecuente el concubinato, que se tomaban por mancebas mujeres que podian ser despues esposas, como eran principalmente las ingenuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon en la *L.* 5. ya citada. Por lo mismo quiso mover á los padres, que gustaban mas de tener hijos legítimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y á los hijos ya nacidos, legítimos y herederos suyos. Ademas, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio, restringió y redujo mucho el derecho de heredar, segun testifica la *L.* 1. *Cod. theod. De natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas pronta-

mente, parece que la dicha constitucion se entiende de los que habian nacido, para no favorecer el concubinato, estableciendo una permision general de legitimar.

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

Juzgó indignos de este beneficio á todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio; lo que es seguro indicio de que el emperador quiso disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor á los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas, mas bien que legítimas mujeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grados. La prudencia legal aconseja, que cuando los legisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontáneamente se separen de ellos con los beneficios que les

presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato, *L.* 6. *Cod. De natural. lib.*, sancionando que fuese permitido legitimar y reducir á la patria potestad los hijos habidos hasta entónces de mujer que hacia vezes de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio: añadió no obstante, *que cualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una mujer de esta clase, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observara igual fórmula con su prole.* Estas palabras son demasiado generales, y pueden entenderse igualmente del consorcio contraído con la concubina en cualquier tiempo, y aún de los hijos habidos despues de la publicacion de esta lei. Lo mismo estableció Justino en la *L.* 7. *Cod. De natur. lib.*, en el año de 519, para aclarar la lei de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpetua de legitimar; dice: « La lei de Atanasio, de divina memoria, pro- « mulgada acerca de los hijos naturales, permitimos « valga solamente en los casos que han sucedido hasta « aquí, segun su mismo contesto, en favor de los ma- « trimonios contraídos, ó que despues se contrajéren « (*á saber despues de publicada la lei de Atanasio*), « para legitimar los hijos nacidos de concubina hasta « aquel tiempo. » Quiso pues el emperador precaver que los medios empleados para abolir el concubinato, no sirviesen para promoverlo; lo que sucederia indirectamente, siempre que se dejara á los padres concubinarios una forma perpetua para legitimar; porque

con la esperanza de un futuro matrimonio, si tenian por conveniente gozar de este beneficio, podian vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Estas miras tuvieron sin duda presentes los emperadores para conceder á los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándolos de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirlos así á contraer legítimo consorcio. Todavía hizo otra nueva declaracion el emperador, *para que no se creyese que se habia atenido á los habidos de una union criminal é incestuosa*. Semejante matrimonio era irrito, y aunque no se rescindiese, no surtia los efectos, ni gozaba los beneficios de la lei, porque los padres habian delinquido contra las leyes; lo que no sucedia en el simple concubinato. Últimamente, para manifestar con mas claridad su intencion, puso esta cláusula: « En lo sucesivo « sepan todos, que solo por medio de legítimo matri- « monio tendrán posteridad legítima; » como si hubiese sido dada la pragmática para quitar á los concubinarios toda esperanza de acogerse á este beneficio.

IX. Justiniano no se contentó con esto, *L.* 10. *Cod. De natur. lib.*, sino que les concedió un modo perpetuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y á su sombra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente trasformarlo en matrimonio. Un poco oscuro se esplicó, segun acostumbraba: « Cuando alguno hubiese tenido « hijos de mujer libre, que pudiera pasar á ser esposa « suya sin impedimento legal, y con la que cohabitase

« no habiendo otorgado la escritura dotal (*la concu- « bina, segun lo demuestra la lei siguiente*); y des- « pues á consecuencia de la misma pasion llegase á ca- « sarse con ella y tuviese otros hijos; pudieran los últi- « mos hijos que han nacido despues de la dote, atre- « verse á reclamar todo el patrimonio paterno, por ser « los nacidos de verdadero y legítimo matrimonio, y « querer despojar de la herencia paterna á los herma- « nos que han nacido ántes de la dote (*ó de concubi- « nato, que era permitido por las leyes antiguas, en « que se dispensaba á los padres el beneficio tempo- « ral de la legitimacion*); pero nosotros creemos, « que no debe tolerarse semejante iniquidad. » Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; mas el mismo Justiniano añade luego esta cláusula ambigua: « Porque no es verosímil que el mismo que le ha seña- « lado una donacion ó la dote, no haya profesado á « aquella mujer desde el principio un amor, que la hi- « ciese digna de llevar el nombre de esposa suya. » Por esta misma razon parece que no se trata aquí de la concubina, sino del caso dudoso en que se ignore, si el marido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que mui bien podia contraerse por solo el consentimiento sin necesidad de dote, segun lo habia establecido Justiniano en el año anterior, *L.* 11. *Cod. De repud.* La palabra costumbre ó *consuetudo*, que desde el principio usa el emperador, es ambigua, y puede aplicarse tanto al concubinato como al matrimonio legítimo, aunque en caso de duda se juzgue contraído ya. En su tiempo

ya nos enseñó Modestino, *L.* 24. *De ritu nupt.*, que el consorcio de una mujer libre en caso de duda se debe reputar por legítimas nupcias, mas bien que por concubinato. Así se hubiera entendido la lei antecedente, á no habérnosla esplicado mas claramente el emperador, *L.* 11. *C. De ritu nupt.*: « Poco hace promulgámos « una lei, en la que se manda que si alguno estuviese « con mujer en conjuncion, esto es, en amancebamien- « to, sin manifestarle desde el principio afecto de ma- « rido; si con la misma con quien podia enlazarse le- « gítimamente aumentando su afecto, otorgase instru- « mentos matrimoniales, y tuviese hijos despues etc. » Triboniano previó que la antecedente lei estaba concebida en términos ambiguos y capciosos, motivo por el cual nos esplicó su sentido, disolviendo la duda que encerraba por medio de la siguiente declaracion: « Cual- « quiera, de quien estuviese preñada la mujer que tenia « en su compañía, si hallándose ella en este estado ó án- « tes de parir, contrajese matrimonio, el hijo ó la hija « que nazca, será prole legítima para los padres. » Así el beneficio general concedido á los concubinarios, y esta costumbre de legitimar que los antiguos césares habian cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumentarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell.* 18. *c.* 11, nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debia hacerse estensiva á las libertas tenidas hasta entónces en amancebamiento, cuando el emperador habia solo hablado de las mujeres ingenuas, *L.* 10.

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

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

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraído, ó los engendrados fuera de matrimonio, de cóito facineroso y criminal que repugna el

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

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

Amaya, lib. 1. *obs.* 4. *n.* 2 *y* 5. *Alteserra, tr. de fict. jur. c.* 9. *Lauterbach. De legitim. per subsequent. matrim.* §. 32. *Sarmiento, lib.* 1. *Select. interp. c.* 5. *n.* 10. *Fachimeo, lib.* 3. *controv. c.* 3.

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *L.* 12. *in fin. C. De natural. lib.*, en donde define generalmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y haya duda acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion sino al del parto; lo que esplica difusamente Amaya, *cit. l. n.* 5. Los que presentan estas razones, se apoyan en la ficcion retroactiva, y niegan que pueda haber matrimonio entre las personas que tenian impedimento de poder contraerlo al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado *n.* 13. que si el pontífice dispensase que el matrimonio, inválido por causa de impedimento, se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer legítima de modo alguno la prole habida ántes de ella.

XI. Para que de una vez salga de la oscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse: primero, que por Derecho antiguo sucedia algunas vezes que el matrimonio que ántes no era legítimo, lo era despues; en cuyo caso no quedaban legítimos los hijos habidos ántes del matrimonio, así como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legítimo, debia preceder el consentimiento

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

XII. Por cuanto era válido el matrimonio despues, y legítimos los hijos, los jurisconsultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debia contarse desde el nacimiento, y los otros desde la concepcion. Paulo aseguraba el segundo estremo, *L.* 11. *De stat. hom.*, pues dijo: « que si viviendo « el padre, é ignorando el casamiento de su hija, esta « concibiese, aunque el hijo naciese despues de la « muerte del abuelo, no parece ser legítimo para aquel

« de quien ha sido concebido. » Otro caso nos ofrece Ulpiano en la *L.* 27. *D. De rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. « Si algun senador tuviere por « mujer á una libertina, aunque no sea por entónces « legítima, lo principiará á ser, siempre que perdiese « la dignidad de senador. » ¿Será pues legítimo el hijo concebido entónces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tit.* 5. *fragm.* §. 10.: « En todos los que nacen de matrimonio con- « traído segun Derecho, se mira al tiempo de la concep- « cion, » añadiendo « que por lo que toca á la libertad, « debe atenderse al tiempo del nacimiento ó del par- « to; » lo que corrigió el emperador en el §. *un. Inst. De ingen.* Por lo cual tenian sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si habia sido concebido ó no en aquel momento en que podia verificarse el matrimonio entre los cónyuges. Seguian en esto la autoridad del sabio Hipócrates, que asegura que al sétimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en la *L.* 12. *D. De statu hominum:* « se debe creer « que el hijo nacido al sétimo mes de legítimo matri- « monio, es legítimo. » Figurémonos que un hijo de familia haya contraído matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que despues de algunos años ha consentido; y que ha tenido un hijo nacido siete meses despues del consentimiento, se pregunta: ¿si seria legítimo, ó si se debia reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 dias, se tendria por

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

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

XIII. De aquí infiero que no fué la intencion de Justiniano atribuir al subsiguiente matrimonio legítimo genéricamente la virtud de legitimar todos los hijos habidos ántes, sino que quiso restringirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal, como era el consorcio concubinario, ó si alguno habia tenido hijos naturales de una esclava, sin cometer en ella estupro ni otra ofensa pública, pues que estaba permitido á los señores este cóito, por derecho de la potestad domínica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos ántes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios; pero no aquellos que estaban reprobados y prohibidos por las leyes, aunque despues de contraídos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib.* 11. *Sent. tit.* 19. §. 2.: « Los matrimonios de los que están bajo la patria potestad, no se contraen legalmente sin el consentimiento paternal; pero contraídos,

« no se disuelven. » La utilidad pública debe preferirse al interes de los particulares. Si el padre consentia despues, el matrimonio quedaba legítimo; pero los hijos, habidos ántes, no se legitimaban aún en tiempo de Justiniano; lo cual se estendia á las uniones prohibidas por la lei de la clase que ántes se ha dicho, aunque despues degenerasen en legítimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del Derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que habia estuprado, no era legítimo el hijo habido ántes, sino que permanecia espurio, porque el estupro se reputaba crímen segun la lei julia *De adult.*

XIV. Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debia retrotraer al tiempo de la concepcion ó del parto: por manera que si el matrimonio podia ser legítimo entre los concubinarios, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante Sarmiento y Amaya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel en que debia atenderse al tiempo de la concepcion, y este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y ajena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte se halla sancionado que tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecer ficciones, cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque

esta doctrina, de si debe ó no retrotraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es mui ajena de la legitimacion. Nada puede haber mas claro respecto del tiempo de la concepcion, que inmutó Justiniano por la *L. 11. in fin. C. De natur. lib.*, ni respecto del tiempo del nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos, en que el subsiguiente matrimonio no hace legítimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales, que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, trasformándolo en verdadero matrimonio. Si tuviese lugar la ficcion retroactiva, se seguiria que los hijos nacidos de estupro deberian legitimarse por subsiguiente matrimonio segun Derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podia haber matrimonio entre ambos. Por el contrario, sucederia que entre los que no podia haber legítimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el subsiguiente matrimonio para hacer legítimos á todos los hijos habidos ántes. Hé aquí un ejemplo tomado de la *Nov. 78. c. 4.*, en donde se esplica así el emperador: « Y de tal modo nos convencen las circunstancias « y la verdad, que si alguno tuviere hijos de una cria- « da, y quisiere despues manumitirla para otorgar los « instrumentos dotales, despues por la misma consig- « nacion de la dote tendrán los hijos el derecho de li- « bertad, que tambien se llama *res sui juris*, sin que « exijamos á los hijos una especial libertad, pues que

« quedan manumitidos al mismo tiempo que su madre, « recibiendo ántes ó despues la libertad, pues con solo « el otorgamiento de las escrituras dotales les concede- « mos libertad. ¿Qué mayor señal puede dar un padre « de la libertad de sus hijos, que presentar á su mujer « como libre en el solemne otorgamiento de los instru- « mentos matrimoniales? » Bien claro está en el pre- sente ejemplo que la madre era esclava al tiempo del nacimiento de los hijos: no existiendo el matrimonio en este tiempo, y no pudiendo en la comun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de ella por la manumision, ni por las nupcias contraidas despues legítimamente, cuando por concesion del emperador tiene el subsi- guiente matrimonio el beneficio de que los hijos habi- dos ántes gozen del derecho de libertad; la deduce el emperador de la presunta voluntad de los que eligieron el concubinato. *L.* 10. *De nat. lib.*, sin que proceda de una ficcion del Derecho. Dice el emperador: « No « es verosímil que todo el que consignó la dote y la do- « nacion, no tenga á la mujer desde el principio una « inclinacion que la haga digna del nombre de esposa.» Decidió el emperador que nada habia que fingir en es- tas palabras: deduce del amor á la mujer, que es pro- bable que el marido tenga intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya manifestado hasta despues de tener hijos. Tercero, ¿qué necesidad hai de ficcion, cuando al matrimonio subsiguiente se le ha atribuído el efecto de que aproveche á los hijos habidos ántes, lo que es mui suficiente? Por cuyo motivo parece que el

matrimonio intermedio les perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina, y des- preciándola, contrae matrimonio con otra, y despues de morir esta, vuelve á tomar la manceba por esposa: si se insiste en la ficcion, habrá de concluirse que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos mujeres, cuya consecuencia repugnaria al Derecho romano, ó al ménos impediria la legitimacion de la prole concebida ántes.

XV. Se debió proponer todo con mayor distincion y claridad, para que constase si puede, y de qué manera puede tener lugar la legitimacion segun el Derecho que rige en el dia, y qué efectos tiene sobre los hijos habi- dos fuera de matrimonio, cualesquiera que sean. Bien claro es que si insistimos en los principios del Derecho civil romano, esta legitimacion carecerá de todo efecto. Poco hace se ha demostrado, que por Derecho romano no tenia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito; cualquiera que sea, está reprobado, condenado y pro- hibido. Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá legitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que están en uso. No solamente está reprobado y condenado por Derecho canónico el amancebamiento y contado entre los nulos, segun demostré en el *tom.* 2. *Jur. eccl. tit. De cohab. clericor. et mulier.*, sino tambien prohibido á los que no pertenecen á este es- tado. Véase *Ord. polit. de ann.* 1577, *tit.* 26: por

manera que una meretriz en nada se diferencia de una concubina segun las leyes; y los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el concubinato, que lo hacen mas detestable que la fornicacion. Así juzga Sarmiento *L. 1. Select. interpret. c. 7. n. 1*, diciendo: « Es mas « detestable el amancebamiento y la fornicacion concu- « binaria, particularmente con mujer tenida en casa, « que si no hubiese costumbre, y se fuese á una prosti- « tuta. » De donde colige, que « nadie puede llamarse « ahora hijo natural: el nacido de meretriz no lo es, « porque es espurio: tampoco se pueden llamar así los « habidos de concubina, porque está prohibido el con- « cubinato por el Derecho canónico, y si se tienen hijos « de él, se comete un gran pecado. Es ridículo, » pro- « sigue, « que sea de mejor condicion el que perseveró « mucho tiempo en pecado, que el que se acerca algu- « na vez á la prostituta; por manera que se tiene por « mas punible el coito con una concubina que con una « meretriz. » Estos principios, que están vigentes en el dia, impedirian toda legitimacion, si el Derecho nuevo no introdujese el canónico, del que usamos.

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

de estupro; lo que enseñan los testos del Derecho canónico. En el *c. 1. X. Qui filii sint legit.* se manifiesta un caso, en que uno se habia casado con una mujer de quien ántes habia tenido una niña, cometiendo de este modo estupro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. « Mandamos, dice, en « cuanto sea así, que se tenga por legítima, prohibien- « do que á semejante mujer por este motivo, se le cause « daño ó perjuicio en la herencia paterna. Si alguno « contraviniere á esto, perseguídle con todo el rigor de « las leyes eclesiásticas. » Muerto el padre de esta niña, su tio cuestionaba sobre su estado, y pretendia escluirla de la herencia, por ilegítima. Y se hubieran cumplido sus deseos, si el papa, separándose del Derecho civil, no hubiese determinado que debian ser admitidos á la herencia los hijos de cóito reprobado. El mismo Alejandro III en el *c. 6. X.*, dijo despues generalmente: « Es « tanta la virtud del matrimonio, que aquellos que son « engendrados ántes (de punible ayuntamiento), se tie- « nen por legítimos despues de contraído el matrimo- « nio. » Los que nacen en el dia ántes del matrimonio ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro cóito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio, segun este decreto pontificio. Alejandro III á este, y no á las ficciones retroactivas, adscribió la virtud de legitimar; y de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favorable, y aún la causa espiritual, que aconseja que se promueva de todos modos, segun espresa el testo original, en el que se dice: *tanta es la fuerza del sacra-*

mento. Llama el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó de una soltera, *c.* 13. *X.*, siguiendo el error comun. No lo son segun Derecho civil, por el que solo se llaman naturales los habidos de cóito permitido, no del estupro ú otro cualquiera cóito prohibido: por mui honroso que sea el nombre que se dé á los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por Derecho canónico se dicen nacidos de punible ayuntamiento.

XVII. Estando pues señalada en favor del matrimonio la virtud de legitimar, que es grande por este motivo, *c.* 26. *De sent. et re judic.*, se colige, que por el subsiguiente matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de aquellas personas, que al tiempo del cóito ó del nacimiento no podian contraer legítimo matrimonio si despues por alguna causa estuviesen en estado de hacerlo. Se han suscitado graves controversias sobre este punto, en el que nada decidiríamos de cierto, si hubiéramos de atenernos á las opiniones de los jurisconsultos, pues no solo están discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del Derecho civil, sino tambien del canónico; y por esto sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por Derecho civil de ningun modo servia para los hijos ilegítimos el matrimonio contraído entre aquellos á quienes estaba prohibido: era injusto é ilegítimo, aunque en varios casos no se rescindiese, segun demostrámos arriba §. 12. Tampoco Justiniano hizo estensivo este beneficio á semejantes matrimonios, sino que lo limitó á los padres concubinarios, que desde un

principio podian tomar por esposa á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaba indignos de él á los padres que habian contraído ilegítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la legitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, los que convenia estuviesen sujetos á la patria potesdad, segun costumbre de los romanos. El Derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que les hubiera servido de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará mui luego. Por lo mismo es mui probable que este Derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

XVIII. Procuremos ver cuáles son estos, cuyo estado se ignora en el dia, porque no han podido sus padres desde el principio vivir en legítimo matrimonio. Debemos referir aquí, 1° los habidos de adulterio *c.* 4. *X. Qui filii sint legit.*; pues aunque el Derecho civil siempre tiene por ilegítimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, el Derecho canónico lo admite y reputa legítimo, esceptuando dos casos, *c.* 6. *X. De eo qui dux. in matrim.* 2° Los nacidos en grado prohibido, aunque se haya contraído el matrimonio, el que debe rescindirse por Derecho canónico, *c.* 10. *X. Qui fil. sint leg.*; ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio; y ¿quién

dudará entónces que es legítimo, aunque la cohabitacion ántes de la dispensa fuese nula? 3° Los engendrados de judía y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judía se convirtiese á la religion católica por medio del bautismo, es legítimo el matrimonio con ella; lo que no era permitido en el tiempo del cóito. 4° Si un esclavo, ó mas propiamente, si un señor tiene cóito con una criada, y de ella tiene prole ilegítima en el tiempo en que no quiere casarse, ¿qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque ántes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5° Los nacidos de desigual matrimonio, segun el Derecho germánico son ilegítimos é incapazes de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus*, *lib.* 1. *Hist. eccles. c.* 5.; de lo que tenian sumo cuidado los alemanes, para que con los enlazes humildes no se mancharan las familias ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Se llaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hai pocos ejemplos de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *Dr. Ludolf. De jure fam. ill. sellect.* 1. §. 8 *y* 12. *Sv. Adam Kop. De la gran diferencia entre los condes y los nobles, sec.* 3. §. 51. Si pues cualquier artesano se casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio

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

XIX. Aquí recuerdo los habidos de ayuntamiento, que es sacrílego, con monje ó monja, pues bien se deja conocer que en este caso nunca tendrá lugar la le-

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

cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal, *Ponce De matrim. lib. 7. c. 10. §. 8.* Véase á *de Nicolis in Praxi canon., tom. 2.*

XX. Todavía añado los nacidos de consorcio con clérigos, á quienes en la Iglesia romana de tal modo está prohibido el matrimonio, que los hijos de clérigos, si se esceptúan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. ¿Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse, siempre que lo permita la dispensa del papa, si aún no estuvieren marcados con el carácter indeleble, y renuncian al estado clerical. Así puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que ántes habia estuprado sacrílegamente, y de la que habia tenido hijos. Repetidos ejemplos hai en nuestro imperio de algunos que sin haber ascendido todavía al órden sacerdotal, se casaron por dispensa pontificia, condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco habia obtenido ya el obispado de Petavia, promovido de párroco de Viena, segun dice Hundeo *in Metropol. Salib. tom. 1. pág. 214. noviss. edit.;* « Pero viendo, prosigue, que sus her- « manos estaban sin sucesion, y sin patrimonio los « unos, y los otros que habian contraído enlazes esté- « riles, determinó casarse: por dispensa del sumo pon- « tífice lo verificó con Juana, hija del último conde de « los pierretas, con la que se hizo heredero de todo el « condado que confina con la Helvecia. » En el año de 1364 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, previa la

renuncia correspondiente, prefirió el estado secular al eclesiástico, dispensado por el pontífice: habiendo enviado al pontífice sus procuradores, renunció en sus manos el arzobispado, solicitando al mismo tiempo que lo trasfiriese en su tio Engelberto, obispo de Leondia; cuya súplica, aunque la recibió mal el pontífice, publicando de acuerdo con los cardenales un decreto, para que en lo sucesivo á nadie se admitiera á las dignidades eclesiásticas sin estar ordenado de sacerdote (con lo que se quitan las resignaciones), ó sin tener seguridad de que se ordenaria; no obstante permitió que Adolfo abdicase, segun dice Nicolao Escateno, *in Anal. Paderborn. ad ann.* 1364. *p.* 364. Enrique, conde de Obsatia, renunció el obispado de Osnabrumg en el año de 1404, y se secularizó, segun testifica Meibon, *tom.* 2 *De las cosas de Germania, p.* 240. *ann.* 1418. El papa Martino V en el concilio de Constanza permitió y dispensó á Juan, obispo de Leondia, para que dejase el obispado y se casara. *Véase á Fleury, tom.* 21. *Hist. eccles. pág.* 511. *segg.* Enrique, hijo de Alberto rei de Bohemia, con dispensa del papa resignó y se casó con Isabel, hija del conde Ruperto, *Muster, Cosmogr. in general. Ausburg.* Etelfo, rei de Inglaterra, promovido ya al subdiaconato, con dispensa pontificia se coronó y casó, segun Alfordo, *Annal. Angl. ad ann.* 837. *n.* 7 No faltan tampoco ejemplos de cardenales que dejando la púrpura sagrada se han secularizado. Valentino, cardenal, por concesion de Alejandro VI renunció en un consistorio solemne, y se pasó al estado secular, *Barsllar, t.* 1. *Hist. de Luis XII. p.* 19, *Rainaldo*, 1498. Lo mismo hizo en el año de 1587 el cardenal Fernando de Médicis, para librar á su familia de la muerte, *Flaminio Parisio De reng. lib.* 5. Algunos obispos de Italia seguian esta costumbre, cuando lo exigia el interes de su familia, segun consta de Ruperto Ursino, que en tiempo de Julio II, año de 1512, dejó el arzobispado, mudó la vida clerical en una esposa que le amaba, segun dice *Uchel in Ital. sacr. t.* 9. *pág.* 352, *noviss. edit.* El mismo dice en el tom. 3, que « Alejan- « dro, único de la familia usimbárdica, con esperanza » de tener prole, se casó con Corsinia, mujer noble. » Todos estos ejemplos solo manifiestan que algunas vezes los clérigos por motivos propios de gente ilustre, despues de secularizados se han casado, aunque en el estado de clérigos eran inhábiles para hacerlo; y tampoco faltan ejemplos de haber puesto un clérigo embarazada á una mujer, y haber pasado despues, previa dispensa pontificia, á contraer matrimonio con la misma, perdiendo la cualidad de clérigo.

XXI. Con estos y otros ejemplos se disputa hoi de la eficazia de la legitimacion, segun los principios del Derecho canónico, con grande ardor y agitacion. Oigamos primero á los que dicen que debe quedar sin efecto semejante legitimacion por el principio de la práctica del dia. Sientan, que en los casos dudosos el Derecho canónico debe estar acorde con el civil, sin establecer entre ellos una diferencia tal, que pueda temerse que los cánones condenen la autoridad de las leyes: solo

debe tener efecto la legitimacion de los hijos naturales, en cuyo lugar sustituyó el Derecho canónico los nacidos de soltero ó soltera, entre quienes podia haber legítimo matrimonio al tiempo del cóito, segun se demuestra, *c.* 13. *X. Qui filii sint legitimi.* El mismo pontífice en materia de legitimacion récurre á las leyes civiles, las sigue, de ellas toma las decisiones, segun testifica Inocencio III, c. 13. *in fin.:* procede esta legitimacion mediante la ficcion, por la que se retrotrae el subsiguiente matrimonio al tiempo del cóito, presuponiendo la habilidad de los cónyuges en este tiempo para contraerlo. Por el nuevo Derecho no obstante, basta que lo sean al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, para que mejor pueda aprovechar á los hijos, segun enseña González, *c.* 1. *X. Qui filii sint leg. n.* 12. Del mismo sentir fué Alejandro III, *c.* 6. *X. eod.*, por el que permite el uso de la legitimacion; pero escluyendo los hijos adulterinos por las siguientes palabras: « Si el hombre viviendo su esposa, conociese « otra (en cuyo tiempo no podia casarse con ella), y tu- « viese hijos, aunque despues de la muerte de su mu- « jer contrajere matrimonio con la otra, es espurio el « hijo que hayan tenido, y está privado del derecho á « heredar: mucho más » (añade el pontífice), « si cual- « quiera de ellos hubiere maquinado alguna cosa con- « tra la vida de la primera mujer: » arguyendo el pontífice del ménos el mas. Pues si no se legitiman los hijos espurios por subsiguiente matrimonio, mucho ménos por un matrimonio nulo, cual es el contraído

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

XXII. Es bien claro y cierto que los intérpretes para discutir esta cuestion siguen principios diversos, sustituyendo el antiguo Derecho ya corregido á los principios y razones que hai para decidir, y suponiendo ficciones que no existen. Pero como toda la fuerza de la decision depende de la verdadera interpretacion del *c. Tanta.* 6. *X. Qui filii sint legit.*, debemos recur-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

rir á las fuentes para conocer el verdadero parecer de Alejandro III. El compilador de las Decretales truncó demasiado el testo, lo mutiló oscureciendo su verdadero sentido, que no puede entenderse sin recurrir á las verdaderas fuentes. La constitucion de Alejandro III se halla íntegra en el *apéndice del concilio lateranense III. part.* 39. *ann.* 1179. *tomo* 6. *concl. p.* 2. *p.* 1849, y su tenor es como sigue: « Nos acordamos que « consultados acerca de la causa que existe entre R. y « P. sobre cierta herencia que pide R. en nombre de « Sibila, su mujer, os hemos respondido y escrito así: « que si fuese cierto, segun contenia su carta, que en- « tre el padre y la madre del dicho R., despues de su « nacimiento hubo y se contrajo matrimonio, se debe « declarar por hijo legítimo sin recurso ni apelacion al- « guna, sin escluirle de la herencia paterna por esta « causa. » Estas palabras dan bien á entender que los hijos habidos de estupro, y tambien los de dañado ayuntamiento, se legitiman por el subsiguiente matrimonio. El pontífice da la razon de ello: « Tanta es la eficazia « del sacramento, que los engendrados ántes se tienen « por legítimos despues de contraído el matrimonio. » Se atribuye al sacramento la fuerza de legitimar que se cree oculta en el matrimonio, cuya virtud es tanta, que se cree la hace estensiva para los nacidos ántes de delito, haciéndolos legítimos: en esto solo insiste el pontífice, sin recurrir á las ficciones que no existen mas que en el cerebro de los intérpretes, pues la santidad del sacramento es tanta y tan eficaz, que se juzga suficiente para borrar cualquier mancha contraída de ilegítimos enlazes, si despues pudiese haber matrimonio legítimo entre los cónyuges. Las siguientes palabras que añade el pontífice, manifiestan claramente que la dispensa ha de tomarse con esta restriccion. « Pero por- « que P., fuera de lo que se dice en tus letras, nos ha « manifestado que su padre, viviendo su legítima mu- « jer, tenia trato con R. y le habia engendrado en adul- « terio, maquinando su madre la muerte de la otra es- « posa, requerimos á tu fraternidad que lo averigües, y « si llegares á cerciorarte de que en vida de su legítima « esposa el referido padre abusó públicamente de la « madre de P., le declares espurio é indigno de here- « dar, principalmente si su madre hubiere maquinado « contra la vida de la primera mujer, porque no podian « entónces contraer legítimo matrimonio. »

Todas estas palabras indican claramente, primero, que Alejandro III fué consultado sobre el caso en que el matrimonio no podia ser legítimo entre los cónyuges, y porque era cuestion de hecho, delegó su conocimiento al obispo de Sinensia; segundo, que Alejandro III siempre fué de dictámen que el matrimonio contraído con adúltera era ilegítimo y de ningun valor, segun prescribian los cánones antiguos. Esto mismo indica él en el *c.* 6. *X. De eo qui duxit in matrim. quam pol. per adult.*, por las siguientes palabras: « Se nos « ha propuesto que un marido que en vida de su mujer « tuvo cóito con otra que ignoraba estuviese casado; « muerta la primera, quiere separarse de ella, asegu-

« rando que en la vida de su mujer no le era permitido « reunirse con otra. » El marido habia tomado pretesto para dudar en este caso de las disposiciones del Derecho antiguo, y el pontífice al decidir esta tésis, ni la abandona ni la deja, sino que se produce del modo siguiente : « Aunque esté establecido por los cánones, que ninguno « se case con aquella con quien ha adulterado, ni con « aquella á quien habia dado palabra en vida de su « mujer, ó con la que ha maquinado contra la vida de « su mujer, etc. » No habla aquí Alejandro restrictivamente, sino estensivamente, para manifestar que segun los cánones antiguos está mucho mas prohibido el matrimonio, tanto si se da á la adúltera palabra de matrimonio futuro, como si con las esperanzas de él se coliga con el adúltero para atentar á la vida de la legítima esposa. La partícula *mucho mas* ó *máxime* no limita, no restringe, no hace escepcion, sino qué, segun sentir de todos, amplía la disposicion. Ademas de esto el pontífice Alejandro toma este dictámen hipotéticamente ; pero dice que no se debe dar lugar á que se aplique al caso, en que la mujer haya ignorado que el marido tenia esposa legítima, y por lo mismo haya obrado de buena fe, porque el marido siempre se debe juzgar indigno, por haber reportado utilidad de su dolo. De donde se colige que el matrimonio se podrá dirimir segun el dictámen del pontífice, si á sabiendas la mujer tuvo cóito con el adúltero, aunque no hubiese concurrido ninguna de las otras circunstancias. Graciano habia ya insertado en su compilacion la restriccion referida acerca del matrimonio de los adúlteros, y creía deberse aprobar, segun lo declara despues, *c.* 3, *casus* 31. *q.* 1 ; pero en tiempo de Alejandro, pontífice del mismo siglo, todavía no tenian las Decretales la autoridad indispensable, para que se arreglasen por ellas los pontífices en sus decisiones. Consta pues que Alejandro III fué de opinion, que los matrimonios de los adúlteros siempre debian reputarse por nulos genéricamente, y mucho mas si las circunstancias de que se ha hablado, aumentaban su criminalidad ; prohibiciones que quiso restringir Graciano. De igual raciocinio usa Alejandro III *ex append. Concil. later.* en las palabras que dejamos referidas, particularmente cuando se le presentó un caso en que el adúltero habia conspirado contra la vida de la esposa ; y da por razon de ello, *que no podian contraer legítimo matrimonio :* cuyas palabras omitió el compilador de las Decretales, no advirtiendo que contienen el fundamento para decidir.

XXIII. Por lo mismo esta decision no se puede aplicar á aquellos casos, segun el sentir de Alejandro III, en que puede ser despues legítimo el matrimonio entre los adúlteros : hecha ya la compilacion de Graciano, lo aprobó Inocencio III, como que fué amigo de seguir esta doctrina. En las palabras del *c.* 6. *X. De eo qui dux. in matrim. quam pol. per adult.*, sentó que podia contraerse matrimonio legítimo entre el adúltero y la adúltera, esceptuando los casos de que se ha hecho mencion, segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. De his qui sui vel alieni jur.* §. 12. y

B. Tomasio en la disertacion citada. En cuyo caso se puede contraer matrimonio legítimo, quedando legítimo el hijo concebido de adulterio, sin que se pueda aplicar la disposicion del *c.* 6. *X. ibid.*, como que supone el adulterio que escluye aún despues el matrimonio. Finalmente la razon de esta legitimacion solo se descubre en la virtud del sacramento, que es tan eficaz, que puede aprovechar á los hijos habidos ántes. El pontífice estuvo mui léjos de seguir los principios del Derecho civil, que los escluye y separa de toda legitimacion; pero con arreglo al Derecho canónico, todos los que nacen fuera de matrimonio, nacen de cóito punible, como se ha demostrado. Esto supuesto, es evidente que los hijos nacidos de incesto, ó de ayuntamiento con monje ó monja, se legitiman por el subsiguiente matrimonio, siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto, depende de la resolucion de la disputa, « hasta dónde se estiende « su potestad, que dispensa tales matrimonios contra- « rios á las leyes, y si el impedimento que los ilegiti- « ma, es eclesiástico ó civil; » lo que he esplicado en la disertacion preliminar al *tom. IV. Juris eccles. prol.* §. 53 *et seq.*

XXIV. Fácilmente se pueden resolver las dificultades traídas por los contrarios, que hemos indicado en el §. 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el Derecho civil con el canónico, cuando uno y otro fundan sus decisiones en unos mismos principios y reglas. Pero en este caso ¿quién negará que el

Derecho canónico ha fijado diferentes principios, tomándolos de la virtud del sacramento? ¿Quién dudará que los hijos de estupro, cóito reprobado por las leyes, se legitiman por Derecho canónico? No basta que se digan naturales por Derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el Derecho canónico como naturales, no lo son en sentido del Derecho civil, sino que impropiamente se llaman así. El que el Derecho canónico *in c.* 13. *X. Qui filii sint legit.*, se apoye en las leyes civiles, no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina; ántes el mismo pontífice, en el testo ya citado, indica que en la legitimacion por rescripto el Derecho canónico no sigue al civil. Este separa de la legitimacion á todos los adúlteros, miéntras el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar. Esta diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente si se admite á estos á la legitimacion, no pueden ser escluídos aquellos. Pero el Derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro cóito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion, recurren á cierta ficcion, y alegan lo que ha dicho el antiguo Derecho civil, en el que aún no se habia dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se habia fundado en el Derecho del Código, segun dejo demostrado arriba. No hai indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuan-

do el pontífice atribuye toda esta eficazia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del matrimonio. Reconozco que el compilador, en lugar de la palabra *sacramento*, puso la de *matrimonio*, sin duda por la razon de que esta voz es mas clara en la materia. Al ménos en el apéndice al Concilio lateranense III existe la palabra *sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz, cuando truncó y desnaturalizó todo el testo del *cap.* 6. *cit.*, cuyo verdadero sentido no puede llegar á comprenderse sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente Wissnerio deduce el argumento contrario del citado capítulo, y lo comenta de tal modo, que por una parte no destruye lo que hemos dicho arriba, de que Alejandro III reprobó el matrimonio con la simple adúltera; y por otra, aún cuando así se admitiese, no deberia comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio; si bien hai duda acerca de los parientes en grado próximo, aunque sean libres, y acerca de los clérigos y monjes mezclados con una soltera.

XXV. Luego basta el matrimonio contraído despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras válidos los matrimonios, de suerte que la dote distingue la verdadera mujer de la concubina. El Derecho canónico no se contenta, ni puede contentarse con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraído *in facie Ecclesiæ*, lo que basta, *c.* 2. *in fin X. De clandest. dispen.* Esta solemnidad no la exigia el Derecho romano, ni aún en tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio, mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *cit. diss.* §. *XXV*, que todavía avanza á mas. « Segun comun « sentencia de los doctores, el Derecho canónico ha re- « mitido ya la necesidad de las escrituras dotales. Pero « cuándo? Si no se puede alegar ningun testo en que « se haya dispensado el requisito de dichos instrumen- « tos por Derecho canónico, ¿cómo se ha de establecer « por este lo que no manda espresamente el Derecho « civil? En las cosas dudosas no debe haber diferencia. » No tiene razon el referido jurisconsulto en preguntar, ¿en qué lugar deja de exigirse este requisito? pues debió manifestar, si proviene de los principios del Derecho canónico la necesidad de semejantes instrumentos. ¿Hai la misma razon para contraer estos enlazes, segun el Derecho canónico, que segun el civil? Dejamos demostrada su diferencia. Poca conformidad se establecerá entre ambos Derechos, si reconocen en los matrimonios los diversos principios que á primera vista ocurren. Dice : « Segun nuestra costumbre el matrimonio « legítimamente contraído, es suficiente para la legiti- « macion, aunque no se hayan otorgado las correspon- « dientes escrituras : » cuya tradicion no se contradice, ni puede contradecirse, segun la práctica recibida. Y

cuando se pregunta, de dónde tienen orígen estas costumbres? cuál es su razon? cuál su fundamento? se debe recurrir á los que encierra el Derecho canónico. No han prevalecido contra la razon las costumbres alemanas, sino que estriban en fundamentos sólidos. ¿Quién ignora que el Derecho canónico ha dirigido la práctica que los alemanes han observado constantemente en materia de matrimonio, poco cuidadosos de que el Derecho romano se separe de sus costumbres en esta parte?

XXVI. Ademas, por Derecho romano se requeria para esta especie de legitimacion el consentimiento de los hijos naturales, por la *Nov.* 89. *c.* 11; de tal suerte que si habia muchos naturales, solo quedaban legítimos los que consentian, *cit. Nov. c.* 11. *X. cit.* Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los padres, á quienes convenia reducirlos á la patria potestad: por el contrario, los hijos legitimados padecian *capitis-diminucion*, porque de libres y *sui juris* que eran, pasaban á ser *alieni* y estaban privados de todos los bienes, hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para los hijos la propiedad, §. 2. *De adquis. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de ser mejor la condicion de los hijos naturales que la de los legítimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoi no se hace caso de este requisito, ni advierto que el Derecho canónico lo exija, porque toda la eficazia la atribuye al matrimonio. Hoi solo, segun este Derecho, se legitiman los nacidos de dañado y punible

ayuntamiento, cuyo estado es inferior al antiguo de los naturales. Los espurios, nacidos fuera de matrimonio, los de partos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, los de los matrimonios de que habla el pontífice en el *c.* 10. *ver. Perso. X. De renunt.*, y otros semejantes, pertenecen aquí, segun he declarado; y de todos ellos trata distintamente Gabriel Paleoto, *De nothis spuriisque filiis, c.* 16. *seqq.* Todos estos los escluye el Derecho canónico de los beneficios eclesiásticos; no quiere que sean clérigos, y en cierto modo los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, á los colegios de los artífices y al derecho de ciudadanos. Como en sentir de los clérigos, el mundo se componia y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumian saber mas que los legos, bárbaros é ignorantes, no podian dejar de ser despreciables todos aquellos que lo eran para los clérigos, y que ellos separaban de su ministerio, segun refiere Paleoto, *cit. c.* 27; pero dice que ántes no eran escluídos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoi es de gran beneficio para los espurios la legitimacion, que no redunda tanto en favor de los padres, como de los hijos, por las razones que nos da el Derecho canónico, que son las mismas que nos rigen en el dia. Luego hoi la legitimacion aumenta, y no disminuye el estado de los hijos; en lo que ellos deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto, que deba preferirse permanecer mas

bien en la clase de natural que en la de legítimo, segun confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit.* §. 26. Ningun perjuicio se sigue á los hijos de legitimarse; al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el dia solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el dia se llama esto *mantel kinder;* pero no se juzgue que se hace esta ceremonia, para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este legítimo matrimonio confirmado con la bendicion sacerdotal, les aprovecha. Véase á Du Fresne *in glos. voc. Pallium.*

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

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

XXVIII. Por iguales causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimacion, que se llama por rescripto, la cual fué inventada por Justiniano. An-

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

tes habia fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *L. 6. in fin. C. De nat. lib.;* la que Justino quiso abolir, *L. 7. cap. eod.*, y la reprobó Justiniano en la *Nov.* 89. *c.* 7. El mismo no obstante en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos; con lo que volvió á restablecer la legitimacion por arrogacion, que tambien se habia de conceder por rescripto del príncipe; lo que habia desechado en la citada Novela, segun observa B. Tomsaio en la disertacion citada. Esta legitimacion era subsidiaria, si la concubina no podia casarse, por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podia verificarlo sin deshonra; ó si elegia vida religiosa. Lo mismo dijo que debia observarse, segun el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque habia destruído esta resolucion en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimacion, no los hijos naturales; por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, segun observa Heraldo, *lib. I. quæst. jur. quot. lib. I. cap.* 5: tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no habia otros hijos, segun indica Justiniano, *Nov.* 89. *cap.* 9. De donde concluye Heraldo, que todo el que tiene mujer legítima, no puede suplicar al príncipe que le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero ¿qué sucederá si muriese? si entrase en religion? si no pudiese casarse sin deshonra? En semejantes casos juzgo que no está denegado por Derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

XXIX. Pero hoi, dice Heraldo, que se observan en el foro principios mui diversos, y con este motivo se lamenta de que « hoi se pueden legitimar con semejantes co-« dicilos los hijos espurios, aún viviendo su madre; y « esta gracia la puede pedir no solo el padre sino tam-« bien la madre, y los mismos hijos espurios. Aún mas: « por ellos pueden legitimarse, á pesar de que se « oponga su padre, y tenga mujer legítima; lo cual es « contra el Derecho romano. » Veamos si lo es tambien contra el canónico. Si con él se conforma la práctica forense, no se puede llamar errónea en Francia y Alemania, despues que vivimos bajo el Derecho romano, y no son solos los franceses los que usan de él; lo que debió haber observado Heraldo. Si dijese alguno que el Derecho canónico no debió introducir principios diferentes del romano, no llevo á mal que se entable esta preferencia con el Derecho pontificio. Uno y otro son estraños, y si se considera la práctica del foro, debe considerarse y apreciarse segun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña que en estas doctrinas, como en otras muchas, se da la preferencia al canónico, nunca puede llamarse erróneo el uso que se haga de él, segun se va á demostrar.

XXX. Inocencio III. al *c.* 13. *X. Qui filii sint leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su mujer ha-

bia tenido de una concubina, despues de alegar varias razones en la curia romana para conseguir sus súplicas, que el pontífice presenta como motivos para dudar, « dice : « Por cuanto la Silla apostólica tiene plena po- « testad sobre esto, parece que examinadas las causas « con las que otras vezes ha dispensado á otros hijos « naturales, ménos legítimos, y aún á los adulterinos, « legitimándolos para actos espirituales, para que pu- « dieran ser promovidos á obispos; se infiere con mas « probabilidad que tambien quedan legitimados para « los actos seculares. » El pontífice no duda ni niega estos principios; mui al contrario se reconoce con toda la autoridad suficiente para legitimar aún á los adulterinos para los efectos espirituales, y tambien para los temporales en los países de sus dominios; pero asegura que semejantes privilegios no pueden hacerse estensivos á los que están sujetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se harian semejantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales, á no ser que consintiesen en ella. De aquí colijo : 1° que el pontífice en materia de legitimacion, como en otras muchas, se ha atribuído, en cuanto lo permite su potestad, unas facultades plenas, amplias, sin restriccion alguna, que en la curia romana se suele llamar *plenitud de poder*. El mismo dice, *c. 4. X. De concess. præb. eccles.* : « Segun la « plenitud de nuestra potestad podemos dispensar aún « sobre el Derecho : » de suerte que no está sujeto á lei, regla ni límites. Á esto oponen la potestad ordinaria que debe ejercerse segun lo prescrito por las leyes,

y segun los antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices, segun prueba por sus mismas confesiones Launoy, *p. 3. epist.* 3. De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada y conforme á las reglas de Derecho, habla lo bastante Juan XXII en la bula del año de 1317 *tomo* 3. *act. publ. anglic. p.* 633. cuando dice : « Y « aunque nos veamos colocados sobre el Derecho y li- « bres de él, nos vemos mas obligados delante de Dios « á observar la justicia, como que tenemos que darle « cuenta de mayor poder. » Pero raras vezes ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad : mui al contrario siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por cuanto los antiguos intérpretes, *ad L.* 31. *D. De legib.* siempre traían en la boca la distincion entre potestad ordinaria y plenitud de potestad, aplicándola aún á la potestad de los emperadores, no fué desagradable á los magnates del palacio pontificio y regio adoptar esta doctrina, segun refiere en varias partes Pedro de Piedra, *De jur. quæst. non toler. per princ. c. 1. n.* 8. He aquí el dogma recibido : « Cuando el príncipe hace « alguna cosa con la plenitud de su potestad, nadie « puede decirle por qué haces esto, porque es superior « al Derecho, contra el Derecho y contra todo. » El mismo en el *l. cit.* 3. *quæst.* 1. *n.* 3. Acerca de la plenitud de la potestad de los papas, lo mismo dicen los empleados en el palacio romano : « La plenitud de po- « testad no está sujeta á nada, ni circunscrita á límites « algunos. » No es necesario referir todas las frases que

trae Pedro de Piedra y otros escritores del Derecho pontificio.

XXXI. Á la sombra de esta doctrina recibida ya, los papas y los emperadores procedieron en las dispensas á su arbitrio, sin permitir que se les pusieran límites algunos. Ántes los observaban con gran cuidado los emperadores, pues hemos visto en el §. 29 los límites á que Justiniano habia sujetado la facultad de legitimar; y tampoco los traspasaron los sucesores, aunque en su tiempo se habia hecho mui ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores mui raras vezes, y tansolo en casos estraordinarios y por causas mui graves la concedian, y no confirman así como se quiera directamente el matrimonio, en particular si pudieran resultar dudas de él, como en el caso que presenta un jurisconsulto, *L.* 57. *ff. De ritu nupt.* « Nos movemos, ya « por el mucho tiempo en que estuviste ignorante del « Derecho en el matrimonio de tu abuelo, ya porque « has sido colocada por tu abuelo, ya por el número « de tus hijos : por lo tanto, concurriendo todas estas « circunstancias, confirmamos el estado de tus hijos « habidos en el matrimonio contraído contra las leyes, « por cuanto se ha celebrado ántes de los cuarenta « años, y quedan lo mismo que si fuesen concebidos le« gítimamente. » Es notable y mui singular este ejemplo, porque enseña que algunas vezes han dispensado fuera del órden los emperadores por causas gravísimas, legitimando aún los hijos de matrimonio prohibido; pero esto era un medio estraordinario. El que inventó

Justiniano, era ordinario, propuesto por cualquier padre natural, y concedido sin conocimiento de causa. Desde que principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias pasando todos los límites de la legitimacion, se ha hecho ordinario, de tal manera que hoi es el modo mas comun de legitimar, y pueden verificarlo hasta los magnates.

XXXII. De todo lo dicho resulta, que se pueden legitimar hasta los hijos adulterinos é incestuosos, lo que demuestra Bergeso, en la *Eccles. jurisprud. crim. p.* 356. Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porque el pontífice aplicó lo mismo la palabra *dispensar* á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los condes palatinos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en el lugar citado, no es necesario mas, para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles, y para que sea admitido á ella, segun dice Corrado, *Praxis disp. lib.* 3. *c.* 1. Para los casos de los que eran escluídos por ilegítimos, se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraídas en tales nacimientos, y queden hábiles para los honores y derechos de ciudadanos. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide que sea su sucesor, por-

que aún no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espurio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion : consultado el ilustre cuerpo de abogados sobre el particular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, y que el padre no tenia derecho para contradecir, puesto que la legitimacion se regula en el dia por los principios espuestos, mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto, que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder, la legitimacion, que entónces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua ; pero si lo hace la madre ó el hijo, es ménos plena, y vale solo para ciertos actos. Teniendo presente el objeto que me propuse en esta disertacion, omito otras muchas razones que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.

TÍTULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

§. CLXXIV. Trátase aquí de la adopcion, porque *es el tercer modo de adquirir la patria potestad ;* pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber, de las nupcias y de la legitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era mui frecuente, pero entre nosotros se ve raras ve-

zes, aunque no es enteramente desconocida : la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV. La adopcion se toma de dos modos ; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, *la arrogacion* y *la adopcion ;* si se toma *estrictamente*, entónces *se opone á la arrogacion*. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos *¿qué es adopcion tomada en este sentido general y lato?* Resp. Es *una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza* (1). Dícese *accion solemne*, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y el peso delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la balanza, como luego veremos. Y tambien puede hoi llamarse accion solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dícese *por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, etc.* Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta : pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, *á uno que no lo es por naturaleza*. Así v. gr. Moises no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza ;* axio-

(1) La *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 4. la define diciendo que es « una « manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los « omes ser fijos de otros, magüer non lo sean naturalmente. »

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que aún no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espurio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion : consultado el ilustre cuerpo de abogados sobre el particular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, y que el padre no tenia derecho para contradecir, puesto que la legitimacion se regula en el dia por los principios espuestos, mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto, que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder, la legitimacion, que entónces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua ; pero si lo hace la madre ó el hijo, es ménos plena, y vale solo para ciertos actos. Teniendo presente el objeto que me propuse en esta disertacion, omito otras muchas razones que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.

TÍTULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

§. CLXXIV. Trátase aquí de la adopcion, porque *es el tercer modo de adquirir la patria potestad ;* pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber, de las nupcias y de la legitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era mui frecuente, pero entre nosotros se ve raras ve-

zes, aunque no es enteramente desconocida : la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV. La adopcion se toma de dos modos ; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, *la arrogacion* y *la adopcion ;* si se toma *estrictamente*, entónces *se opone á la arrogacion*. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos *¿qué es adopcion tomada en este sentido general y lato?* Resp. Es *una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza* (1). Dícese *accion solemne*, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y el peso delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la balanza, como luego veremos. Y tambien puede hoi llamarse accion solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dícese *por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto, etc.* Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta : pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, *á uno que no lo es por naturaleza*. Así v. gr. Moises no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza ;* axio-

(1) La *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 4. la define diciendo que es « una « manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los « omes ser fijos de otros, magüer non lo sean naturalmente. »

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ma que tenemos literalmente en el §. 4. *Inst. h. t.* El verdadero sentido de este axioma es, que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por adopcion, v. gr. un muchacho de diez años no puede ser padre natural; luego tampoco adoptivo. El hijo no puede ser mayor en edad que su padre natural; luego tampoco por la adopcion puede ser hijo el mayor de edad del que lo es menor; pues que la adopcion imita la naturaleza. De este axioma nacen muchas consecuencias dignas de notarse, que examinaremos en los §§. 176 y 177.

§. CLXXVI. Por lo dicho se conoce fácilmente, qué personas pueden adoptar. Todas las que pueden ser padres y engendrar. 1° Podrán pues los castrados adoptar? (1) De ningun modo; y es absurda la Novela 26 de Leon, que permitió á los eunucos el derecho de adoptar, puesto que la adopcion imita á la naturaleza. 2° Y

(1) En España podrán, con tal que el impedimento no provenga de la naturaleza. « Mala andanza é ocasion mui grande « aviene á las vegadas á los omes, de manera que pierden « aquellos miembros que son menester para facer fijos. Así « como por enfermedad ó por fuerza que les facen algunos « cortándogelos, ó tolléndogelos de otra guisa, ó por ligamien- « to, ó por otro mal fecho que les facen, ó por otras ocasiones « que contescen á los omes de muchas maneras: onde estos « atales, que naturalmente eran guisados para engendrar, « mas fueron embargados por algunas de las razones sobre- « dichas, non tenemos que deben perder por ende; mas que « hayan poder de porfijar, pues que la natura non gelo tolló, « mas fuerza ó ocasion. » *L.* 3. *tit.* 16. *Part.* 4.

los impúberes? (1) Tampoco, porque ¿de qué pueden servir los hijos á los que todavía son muchachos? Los impúberes no pueden engendrar, luego tampoco adoptar; la adopcion imita á la naturaleza. 3° Y las hembras? (2) Se niega. La adopcion imita á la naturaleza; es así que los hijos naturales no están en la potestad de la mujer; luego tampoco por la adopcion pueden hacer suyos los hijos ajenos. No obstante, por privilegio se concedió á las hembras el derecho de adoptar, para que se consolaran de la pérdida de sus hijos, §. 10. *Inst. h. t. L.* 5. *C. h. t.* 4° Y los menores en edad ¿pueden adoptar al que sea mayor que ellos en edad? De ningun modo. La adopcion imita á la naturaleza, y no pudiendo, segun esta, ser uno por un órden regular padre ántes de los diez y ocho años de edad, ni abuelo ántes de los treinta y seis, síguese que el adoptante debe esceder al adoptivo á lo ménos en una pubertad plena, esto es, en diez y ocho años (3), si quiere adoptarle por hijo; en dos pubertades plenas, esto es, en treinta y seis años; si quiere adoptarle por nieto, §. 4. *Inst. h. t.* Pero como hayamos dicho arriba que el castrado no puede adoptar, y se observe otra cosa en el espadon, de quien dicen que puede hacerlo, §. 9. *Inst. h. t. L.* 2. §. 1.

(1) Véase la *L.* 2 *tit.* 16. *Part.* 4.

(2) « Otrosí ninguna mujer non ha poder de porfijar, fueras « ende en una manera, si oviese perdido algun fijo en batalla, « en servicio del rei, ó en facienda en que se acertase con el « comun de algun concejo. » *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

(3) Lo mismo dicha *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 4.

L. 40. §. 2. *ff. h. t.* se pregunta : en qué se diferencian los espadones de los eunucos ó castrados? Resp. *Espadones* son aquellos cuyo impedimento es temporal, como por enfermedad. Eunucos ó castrados son los imposibilitados para siempre *ob exsectionem*.

§. CLXXVII. Dice tambien la definicion que el fin de la adopcion es el consuelo de los que no tienen hijos; lo que nos ofrece un nuevo axioma, del cual nacen tres consecuencias. 1ª Que por lo regular no pueden adoptar los que no han llegado á los sesenta años, *L.* 17. §. 2. *Inst. h. t.* 2ª Que tanpoco se permite fácilmente que adopten aquellos que ya tienen hijos naturales, *L.* 17. §. 3. *ff. eod.* 3ª Que se exige el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á otro por nieto, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* La razon de esta última consecuencia es porque el nieto, muerto el abuelo, recae en la potestad del padre; y por lo mismo si mi padre adopta á un nieto, entónces, muerto mi padre, este adoptivo se hace hijo mio. Si es hijo, tambien será heredero, y habré de tomarle por tal contra mi voluntad. Lo cual no permitiéndolo los principios del Derecho romano, se debe decir que se exige absolutamente el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á uno por nieto. Algo mas difícil es dar la razon de las dos primeras consecuencias : Enrique Bernardo Reinold, *in Variis c.* 12. hizo ver con varios ejemplos de príncipes, que muchos que ya tenian hijos habian adoptado á otros; pero sin embargo no por eso es ménos cierto lo dicho. Porque (a) las leyes alegadas son bastante claras

y evidentes. (b) Lo qué se permite á los príncipes, no se permite fácilmente á los particulares. (c) Perizon. *Animadv. hist. c.* 3. *p.* 125. manifestó que aún estas adopciones de los príncipes no dejaron de ser censuradas por el pueblo : y ¿hubiera este tenido mas tolerancia con las adopciones de los particulares, si las hubieran hecho contra estas leyes? (d) En Ciceron, *Orat. pro domo, c.* 13. se ve que impugnó la adopcion de Publio Clodio, porque su padre adoptivo tenia ya hijos naturales, y la llama por esto fingida y simulada. ¿Con qué derecho, ni con qué vergüenza hubiera dicho esto Ciceron, si ordinariamente se permitiera que adoptasen los que ya eran padres! No quepa pues la menor duda en que lo regular fué no concederse la adopcion á los menores de sesenta años, ni á aquellos que ya habian tenido hijos. Y el que alguna vez, fuera del órden regular, se hiciesen algunas adopciones, se debe mirar como privilegios que no pueden servir de ejemplo.

§. CLXXVIII. Hasta aquí hemos tomado la adopcion en el sentido lato. Y en él es de dos maneras, ó *arrogacion*, ó *adopcion estrictamente dicha* (§. 175.) En dos cosas se diferencian estas dos especies.

1ª *En el sugeto.* Porque los hombres *sui juris*, no constituídos en la potestad de nadie, son arrogados; los hijos de familia, y por tanto hombres sujetos á poder ajeno, son adoptados.

2ª *En la forma ó en el modo.* Porque la arrogacion se hace por beneficio del príncipe con su rescripto : la adopcion por autoridad del magistrado, á cuya presen-

cia, si el padre declara que quiere dar á otro aquel hijo en adopcion, y el adoptante quiere tambien recibirle en lugar de hijo, se concluyó el negocio. De la arrogacion tratamos en el §. 179 al 182., y de la adopcion, §. 183 al 186.

§. CLXXIX. Por lo dicho se entenderá fácilmente la definicion de la *arrogacion*. La arrogacion es *un acto por el cual un hombre* sui juris, *es reducido por la autoridad del sumo imperante á la patria potestad de otro*. Se pregunta aquí, ¿por qué debiendo determinar antiguamente el pueblo acerca de la arrogacion en los comicios *calados*, y mediando la autoridad de los pontífices, se apropió despues el príncipe este derecho? En efecto la arrogacion se hacia en otro tiempo en los comicios: el padre arrogador declaraba en ellos que queria tomar á fulano por hijo. Este era preguntado, si queria aprobarlo, y consentia en aquella arrogacion. Si decia que sí, preguntaban en seguida á los pontífices, si permitian que aquel hombre *sui juris* pasase á la familia y potestad de otro; y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la fórmula solemne: *¿Queréis mandar, quirites, que fulano sea por lei y por derecho hijo de Lucio Ticio, del mismo modo que si hubiese nacido de él y de su mujer? (Velitis, jubeatis, quirites, ut hic... sit lege et jure L. Titii filius, æque ac si ex eo, ejusque matrefamilias esset natus?)* Finalmente entónces se ponia á votar el pueblo, y si lo aprobaba la mayoría, en este caso se tenia por consumada la arrogacion. Esta ceremonia la hemos esplicado con alguna prolijidad en nuestras *Ant. rom. h. t.* Pues si antiguamente estaba en poder de los pontífices y del pueblo el conocimiento de la arrogacion, ¿con qué derecho se lo apropiaron posteriormente los emperadores? Resp. 1° Porque el pueblo trasfirió al príncipe todo su derecho por la lei Régia, §. 6. *Inst. h. t.* 2° Porque los príncipes eran al mismo tiempo pontífices máximos, como claramente demostró Andres Bosio, *De pontific. max. Imp. rom.*, libro que dió primero á luz en tomo suelto Grevio, y despues fué insertado en el *Tesoro de antigüedades romanas*. Así que reasumiendo en sí los príncipes, sin ninguna oposicion, los Derechos del pueblo y de los pontífices, no es estraño que interpusiesen su autoridad en las arrogaciones.

§. CLXXX. Se pregunta ya, cuál es la esencia de la arrogacion. En la definicion hemos visto, que por ella, de un hombre *sui juris* se hace un hombre sujeto á potestad ajena. De aquí se sigue que es una especie de *capitis-diminucion*, á saber, la mínima. Pero como á nadie se le pueden quitar sus derechos contra su voluntad, de aquí coligieron mui bien los antiguos, 1° que era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado (1). Este debia manifestar su aprobacion, y ser primero preguntado si prestaba su consentimiento, *L. 11. ff. De his qui s. etc.* 2° Se deducia tambien que los hi-

(1) « Pero si porfijasen alguno que non oviese padre, ó si lo « oviese, fuese salido de su poder, entónces conviene por fuer- « za que este tal consienta manifiestamente, otorgándolo por « palabra. » *L 1. tit. 16. Part. 4.*

jos y bienes del arrogado debian pasar á la potestad y dominio del arrogador. Porque en cuya potestad está la persona principal, en la misma están tambien todas las cosas accesorias, y por eso los hijos y bienes del arrogado pasan como accesorios á la potestad del arrogador: y los antiguos llamaron á la arrogacion modo universal de adquirir, (véase *Inst.* §. 1. *De adquis. per arrog.*) porque el arrogador adquiria con el arrogado todos los bienes y derechos de este, á escepcion de los que se perdian por la *capitis-diminucion*. 3° Era otra consecuencia que los impúberes no podian ser arrogados. Como estos no tienen aún entendimiento para saber lo que les conviene, por eso no pueden consentir ni dar su aprobacion, ni por consiguiente ser arrogados. Si se objeta que el tutor puede interponer su autoridad, responderemos que tutela es *la fuerza* y *potestad en una cabeza libre para defender al que no puede hacerlo por su edad*. Luego el tutor puede defender al pupilo, mas no arrogarle, porque esto sin duda escede de la facultad del tutor. Siendo así pues que por Derecho antiguo no podia el pupilo ser arrogado, el emperador Antonino Pio templó algun tanto este rigor; pero no obstante ligó con tantas limitaciones esta arrogacion de los impúberes, que no era fácil hallar quien quisiese arrogar con tales trabas. Vamos á examinar estas condiciones.

§. CLXXXI. Antonino requiere, 1° el *consentimiento de los parientes*, como que médian sus intereses, por cuanto muerto el impúber serian sus herederos ciertos, pues que el impúber no puede otorgar testamento. Por

eso el emperador consideró justo que no se les privase contra su voluntad del derecho que tenian adquirido, y así mandó que interviniese su consentimiento. 2° *La autoridad de los tutores*, la cual es necesaria para suplir el defecto de juício en el pupilo, especialmente cuando amenaza peligro de lesion, como en la arrogacion. 3° *Conocimiento de causa*, pues el magistrado debe inquirir, si se quiere arrogar con buena intencion; si hai legítima causa de arrogar; si el arrogador tiene ó no tiene hijos, y si tal arrogacion conviene al pupilo etc. 4° *Fianza ó seguridad*, por la que se asegure (a) *á los parientes* que se les restituirán los bienes del arrogado, muerto dentro de la pubertad: (b) *al mismo pupilo*, que si fuere emancipado ó desheredado, se le restituirán, no solo los bienes que ha llevado á poder del padre arrogador, sino tambien la cuarta parte de los suyos propios, §. 3. *Inst. h. t.* Acerca de esta cuarta parte hai una gran disputa sobre si debe entenderse de la cuarta parte de todos los bienes, ó solamente la cuarta parte de la porcion legítima. Porque si ha de entenderse de todos los bienes, en este caso será mejor condicion la de los arrogados que la de los hijos naturales, quienes no pueden pretender mas que la porcion legítima de los bienes paternos. Qué se debe pues establecer acerca de esto? Que se ha de entender de la cuarta parte de todos los bienes, (a) porque así se dice espresamente en el §. 3. *Inst. h. t. L.* 2. *C. De adop. L. últ. ff. Si quid in fraud. cred.* (b) Porque esta cuarta parte no se pide por la querella de inoficioso testamento, sino mas bien por el juício de particiones,

§. 8. §. 15. *ff. De inof. test. L.* 2. §. 1. *Fam. ercisc.* Pero así ¿no será mejor la condicion de los hijos arrogados que la de los legítimos? No por cierto, porque como diremos mas abajo, no puede ordinariamente arrogar el que tiene hijos naturales, y por consiguiente tampoco puede perjudicarlos, aunque el arrogado reciba la cuarta parte de todos los bienes. Así lo espone mui bien Vinnio, *Comment. ad Inst. h. t.*

§. CLXXXII. Trataremos ya de *los efectos* de la arrogacion, sobre lo cual se establece la siguiente regla: *del mismo derecho gozan los arrogados que los hijos naturales.* La razon es, porque son reducidos á la patria potestad. De aquí es, 1° que toman el nombre del arrogador, bien que entre los romanos tambien conservaban el suyo con alguna leve inflexion. Por ejemplo: Augusto ántes de la adopcion se llamaba Octavio, y despues de ella empezó á llamarse Julio César Octaviano. Del mismo modo Publio Emilio, despues de la adopcion hecha por Escipion, se llamó Publio Cornelio Escipion Emiliano. 2° El arrogado por un noble se hacia noble, y el que lo era por un plebeyo, plebeyo; lo cual no sucede en el dia, porque la nobleza no está en el arbitrio de los privados, sino que se concede por la suprema autoridad en premio del mérito. 3° Pero lo que debe observarse bien, es que la arrogacion da los derechos de agnacion, y no los de consanguinidad ó cognacion, *L.* 23. *ff h. t.* Quiere decir, que el arrogado se hacia sí pariente del padre arrogador, y de todos los que eran de su familia, pero no de la mujer, ni de la familia de esta. Así es que la mujer del arrogador no era madre

respecto del arrogado, ni tio ni tia el hermano ni hermana de ella. Por el contrario, el arrogador respecto del arrogado se hacia padre, el hermano del arrogador tio, su hermana tia etc. 4° Finalmente se seguia que el arrogado sucedia tambien al padre arrogador y á todos los parientes de este como agnado, mas no á la madre, ni á los parientes de ella, §. 2. *Inst. De legit. agn. success.* Basta acerca de la arrogacion: resta que tratemos de la adopcion estrictamente dicha.

§. CLXXXIII. Hasta aquí hemos hablado de la arrogacion; ahora pasaremos á la *adopcion* propiamente dicha, que definimos así. La adopcion es *una accion de la lei, por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres.* Decimos 1° *accion de la lei*, pues hemos visto arriba (en el §. 69) que se llaman así aquellas cosas que se debian esponer (a) á presencia de cierto magistrado, (b) con ciertos ritos y fórmulas, (c) sin procurador, condicion ni dia; y tal era la adopcion. En efecto no se podia hacer privadamente, sino á presencia del magistrado, en quien residia la accion de la lei, cuales eran los cónsules, procónsules, pretores y presidentes de las provincias. Se debia tambien esponer con solemnes ritos y ciertas fórmulas, pues que el padre vendia tres vezes el hijo al adoptante por la moneda y la balanza, y el comprador usaba de esta fórmula: *digo que este hombre es mio, pues le he comprado con esta moneda y esta balanza de cobre.* Véanse nuestras *Ant. rom. h. t.* Despues veremos que tampoco se po-

dia hacer la adopcion, ni por procurador, ni bajo condicion, ni hasta determinado dia. Por lo que siendo requisitos todos de las acciones de la lei, mui bien se considera como una de ellas la adopcion. Añadimos: *por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres;* con cuyas palabras se distingue la adopcion de la arrogacion; pues como hemos visto arriba, los hombres *sui juris*, ó padres de familia son arrogados; y por el contrario, adoptados los hijos de familia. Ademas, la arrogacion se hace con autoridad del príncipe, la adopcion con la del magistrado; y eso con la de cualquiera, aunque no sea competente, porque es un acto de voluntaria jurisdiccion.

§. CLXXXIV. Por esta definicion será fácil responder á las preguntas siguientes: 1ª quiénes son adoptados? 2ª Cómo se hace la adopcion? 3ª Cuál es su efecto? 1º. En cuanto á la primera pregunta, atendiendo á la definicion, decimos que son adoptados *los hijos que están en la potestad de sus padres.* De aquí deducimos 1º, *que basta el consentimiento del padre;* lo cual no es así en la arrogacion, pues el que va á ser arrogado debe tambien consentir y hacerse parte. (§. 180.) Empero en la adopcion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo, con tal que quiera el padre, en cuya potestad está, *L. 5. ff. h. t.* (1). La razon es porque el hijo

(1) « E porque dan los omes algunas vegadas sus fijos legí-« timos é naturales á otros que los porfijen, por ende en tal « porfijamiento como este, ha menester que aquel á quien

constituído en la patria potestad podia ser tres vezes vendido por su padre (§. 138), y la adopcion no era otra cosa que una triple venta imaginaria, segun hemos manifestado en el §. anterior. Por consiguiente, al modo que en la venta no se requeria el consentimiento del hijo, así tampoco en la adopcion. 2º *Los infantes podian tambien ser dados en adopcion, y ser adoptados, L. 42. h. t.* Los impúberes no podian ser arrogados, á no ser con muchos requisitos, de que se ha tratado en el §. 181, pero los infantes podian ser adoptados. Por qué así? Porque ya hemos visto que no se requiere en la adopcion el consentimiento de los infantes. El padre podia vender al hijo recien nacido, *L. 2. C. De patr. qui fil. distrax.;* luego nada impedia tampoco que el infante fuese dado en adopcion. 3º *No podian ser adoptados los hijos nacidos de concubina, L. 7. C. De nat. lib.* Porque siendo los hijos que se adoptan los constituídos en la patria potestad, segun nuestra definicion del §. anterior, y no estando los hijos nacidos fuera de matrimonio de una concubina bajo esta patria potestad, como que solamente nace de las nupcias legítimas (§. 144), se infiere claramente, que los hijos naturales, ó nacidos de concubina, no pueden ser adoptados.

§. CLXXXV. IIº. Se pregunta, *cómo se hace la adopcion?* Con arreglo á la definicion respondo, 1º que

« porfijan, que consienta, otorgándolo por palabra, ó callándo-« se non contradiciendo. » *L. 1 tit. 16. Part. 6.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

debe hacerse con autoridad del magistrado en quien reside la accion de la lei, que hemos esplicado en el §. 183. 2° No puede hacerse, ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni sin las solemnidades prescritas por el Derecho, por exigirlo así la naturaleza de las acciones de la lei, las cuales no admiten dia ni procurador, sino que deben ser espresadas por cualquiera en su persona propia. Arriba hemos visto el rito antiguo: hoi dia ya no se necesita de aquellos ambages y ventas. Es suficiente (a) que el padre natural y el adoptivo vayan á cualquier juez, aunque no sea competente; (b) que declare el uno que quiere dar en adopcion, y el otro adoptar al muchacho, (c) y pidan que este acto se note en los registros públicos. Con esto queda perfeccionado el negocio, por haber quitado Justiniano el antiguo rito, y sustituído este nuevo en la *L. últ. C. De adop.*

§. CLXXXVI. III°. Resta saber, *cuál es el efecto de la adopcion?* Aquí debe notarse que entre el Derecho antiguo y el nuevo hai una gran diferencia. *Por Derecho antiguo* era uno mismo el efecto de la adopcion y de la arrogacion, á saber, la patria potestad. Así es que los césares Cayo y Lucio, á quienes habia adoptado Augusto, eran tan hijos suyos como Tiberio, á quien habia arrogado posteriormente. Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad, *L.* 23. *pr. L.* 37. §. 1. *ff. De adopt.* (1) Pero el *Derecho nuevo*, introducido por Justiniano en la *L. pen. C. h. t.* mudó la cosa enteramente. Con efecto el emperador manda distinguir, si la adopcion se ha hecho por alguno de los ascendientes, como por el abuelo materno, ó por algun estraño. Si el que adopta, es alguno de los ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena* y *perfecta*. Si por el contrario el que adopta, es un estraño, no se trasfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores adopcion *imperfecta* ó *ménos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion ménos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aún cuando se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato, §. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohibe al padre adoptante que, hecho testamento, prefiera y escluya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituídos herederos ó

(1) En España, aún cuando en la *L.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4., se dice indistintamente que el adoptado no pasa á la potestad del adoptante, sin embargo la distincion establecida por Derecho romano entre adoptantes, ascendientes y no ascendientes, está aprobada por la *L.* 9. *y* 10. *tit.* 16. *Part.* 4.; siendo de advertir que el emancipado por el ascendiente que le habia adoptado, recae bajo la potestad del padre natural, *d. L.* 10. *al fin.*

desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituídos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos reciproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 11 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres.]

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen

juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad;* y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136); y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, 1º *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos

(1) « Por muerte natural se desface el poderío que há el « padre sobre el fijo, ca luego que muere el padre, finca el « fijo por sí. » *L.* 1. *tit.* 18. *Part.* 4.

(2) Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual no

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituídos en la patria potestad, no á los estraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos reciproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 11 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres.]

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen

juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad;* y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136); y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, 1º *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos

(1) « Por muerte natural se desface el poderío que há el « padre sobre el fijo, ca luego que muere el padre, finca el « fijo por sí. » *L.* 1. *tit.* 18. *Part.* 4.

(2) Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual no

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN © DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de primer grado, en verificándose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad; mas no lo quedan los de grados ulteriores, si sobrevive alguna persona, en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo, en la *fig. 11. de la lám. II.* muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuarto un biznieto, que es el sesto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sesto no lo quedan, porque son de grados ulteriores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo: entónces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sesto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. IIº *La muerte civil*, esto es, la capitis-diminucion máxima, y que equivale á la muerte, *L.* 209, *ff. De reg. jur.* porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la média estranjero (*peregrinus*): es así que ni un siervo ni un estranjero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvia por la capitis-diminu-

obstante debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las relaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe esceptuarse el caso, en que el padre, que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *L.* 7. *tít.* 16. *Part.* 4.

cion máxima y média. IIIº Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima *en la adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente; y *en la emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo, mas bien trasfiere la patria potestad, que la disuelve; el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

§. CXCII. Hemos visto que la patria potestad se disuelve por la média capitis-diminucion, por la que se pierden los derechos de ciudadano; lo cual se verifica en el Derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó estranjero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del Derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hai mucha diferencia entre el destierro y la relegacion: aquel quita los derechos de ciudadano, y reduce al desterrado á la condicion de estranjero; pero esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Así, por ejemplo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé qué delito; mas no por eso dejaba de ser ciudadano romano; por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la relegacion, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tansolo rele-

gado el emperador. Por eso dice en el *lib. 5. Trist. eleg. XI:*

Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.

Siendo así pues que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdia por ella el dominio del derecho quiritario, y por consiguiente tampoco se disolvia la patria potestad por la relegacion; que es lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ninguna especie de dignidad quitaba el derecho de patria potestad; y así es que, bien fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote etc., permanecia con todo hijo de familia; y aún cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiria, era para este. Esto lo esplica mui bien Dionisio Halic. *lib. II. Antiq. rom.*, donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas y que arengaban al público con aplauso, habian sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecia que turbaban la república. Resulta pues que la lei establecia no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCIII. Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potes-

dad (1). En efecto, 1° al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. C. De consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se habia observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del gran Constantino, se solian llamar así los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valian como de padres, y que venian á ser lo que en el siglo penúltimo los cardenales de Francia Richelieu y Mazarino. Á estos, si eran hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad, pues reputaba por absurdo que estuviera bajo la potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. 2° Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, así fué que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov.* 81. *c.* 3., y tambien los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco, *Nov.* 81. *c.* 1. y *L. ult. C. De decur.* Se puede preguntar, ¿si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato; mas no los emanci-

(1) En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre en la *L.* 7 á la 15 del *tit.* 18. *Part.* 4., entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rei, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov.* 81.

pados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga que como un beneficio, ser librado de la patria potestad. Pero se responderá, que en realidad era beneficio, porque (a) de esta manera se verificaba que cuanto adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo así que del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. De consul.* y *Nov.* 81. *c.* 2. les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y así en las cosas favorables conservaban los derechos de familia, y los perdian en las odiosas.

§. CXCIV. En el §. 191. dijimos, que tambien *por la emancipacion* se acababa la patria potestad, y así trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y el peso (*per æs et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigia su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de la potestad paterna á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente cuantas vezes un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es mui conforme con el principio que sentámos en el §. 190., porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituídas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Hai tres clases de emancipacion; la *antigua*, derivada de las XII Tablas; la *anastasiana*, que fué inventada por el emperador Anastasio, *L. 5. C. De emancip. lib.* y la *justinianea*, que introdujo Justiniano, *L. ult. C. De emancip. lib.* Vamos pues á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCV. La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres vezes, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en el peso: afirmo que este hombre es mio por derecho quiritario, pues le he comprado con esta moneda, que ha sido contrastada en ese peso de bronce (*hunc hominem jure quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hac eneáque libra*). Hecho esto, se llegaba el antestado al oído de los cinco testigos, y les encargaba que se acordasen de la venta. El hijo así vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetia tercera vez con los mismos ritos; y entónces tres vezes vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII Tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres vezes á su hijo (§. 138); luego, tres vezes vendido y manumitido otras tantas, salia de la patria potestad. Debe observarse que tam-

bien las hijas y los nietos podian ser emancipados; pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacia una venta. Por lo demas este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI. Con efecto entónces se introdujo un nuevo modo de emancipar, porque el emperador Anastasio, *L.* 5. *C. De emanc. lib.* estableció, que si el padre queria emancipar á sus hijos, le bastaba alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta emancipacion tenia los mismos efectos que la antigua, hecha por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requeria, era, 1° un memorial (*litteræ supplices*) dirigido al príncipe por el padre; y 2° el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aún esto no dejaba de parecer mui molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de África queria emancipar á un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y obtener allí el rescripto; cosa que no podia hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y al efecto estableció un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVII. Efectivamente la emancipacion justinianea no se hace por el príncipe, sino ante un juez; y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria. Requiérese

1° que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea en dia de fiesta, ya en dia judicial; bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden practicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio. *L.* 2. *L.* 8. *C. De feriis.* §. 2. *Inst. De libertinis.* 2° Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoi no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tansolo consintiéndolo, *L.* 5. *C. De emanc. lib. Nov.* 89. *c.* 11. 3° Que el padre declare querer librar de su potestad á este hijo, y que el hijo declare conformarse con esta voluntad de su padre. 4° Que el juez lo escriba en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera consumada la emancipacion, *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVIII. Pregúntase, ¿si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190), porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos; y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituídos en su potestad. Mas como en en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice, que *el padre* casi *de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi* de ningun modo, se

(1) Véase la *L.* 18. *tit.* 18. *Part.* 4., donde se cuentan cuatro razones, *por que se puede constreñir al padre que saque de su poder á su hijo.*

infiere que hai algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aún contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar á sus hijos. Vamos pues á verlos: los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos:

(a) *Si genitor sævus sit,* (b) *prostituatque pudorem*
Natæ, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet;*
(d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione,*
Invito solvi poterit genitore potestas.

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 198 hemos notado, que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hai tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.ª de ellas es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo, pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L.* 12. *C. De episc. audient. L.* 6. *C. De spectac.* La 2.ª es, si el padre espone ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desnaturalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aún cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L.* 2. *De inf. exposit.* La 3.ª es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo, si se casare con una tia paterna ó materna, si el

suegro se casare con la hermana etc.; pues en tal caso los hijos del matrimonio anterior se libran de su potestad, aún contra su beneplácito, *Nov.* 12. *c.* 2. Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

§. CXCIX. [En España acaba tambien la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte que segun la *L.* 3. *tit.* 3. *lib.* 10. *Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es ademas una gracia al sacar, y se hace en España acudiendo padre é hijo á la Audiencia del territorio, la que comisiona al juez del partido, para que forme el espediente justificativo de las causas alegadas; y despues de instruído y declarado completo, y de haber oído al fiscal de S. M., se remite á la seccion de gracia y justicia, donde en vista de todo se concede el permiso para que se formalize la correspondiente escritura con intervencion del juzgado.]

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó ingenuos ó libertinos; y de esta primera division se trató desde el

título 2. hasta el 7. Ademas los hombres eran *sui juris*, ó *alieni juris*. Los sujetos á poder ajeno, ó estaban bajo la potestad señoril, de que se habló en el título 8, ó bajo la patria potestad, título 9 hasta el 12. Ya por último los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó están en tutela, ó en curaduría, ó no están sujetos á una ni á otra. Viene pues ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela* y *curaduría*, en la cual se considera, 1° qué cosa sea tutela, título 13, 2° de cuántas maneras, título 14 al 20, 3° cuál sea el oficio del tutor, título 21, 4° cómo se acaba la tutela, título 22, y 5° qué es curaduría, título 23 hasta el fin de este libro.

§. CCII. 1° Qué es tutela? La tutela es de Derecho natural y de gentes, pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden regirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por ausilio ajeno. De aquí es que no solo los romanos, sino tambien los griegos, y aún todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y ausilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores, 1° á los *impúberes ó pupilos*. Efectivamente en esta edad suele ser tan débil y falaz el juício de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si no son dirigidos por otros. Bien conocidos son aquellos versos de Horacio en su *Arte poética*:

Imberbis juvenis, tandem custode remoto,
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi:
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si quitaras el freno á un indómito caballo: dáles libertad, y darás á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los pupilos. 2° Tambien daban los romanos tutores á las *mujeres*, pues este sexo es frágil, vario, mudable y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino no saben guardar moderacion. Querian pues los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mujeres que la de los pupilos, los cuales en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mujeres permanecian en perpetua tutela, á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos; en cuyo caso se acababa su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la direccion de los curadores estaban 3° los *púberes*, que ó por su edad, ó por otras causas no podian administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los *que padecian alguna enfermedad habitual*. Así lo disponia el antiguo Derecho romano; pero y el nuevo? Tambien disponia lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el dia ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el Cuerpo del Derecho. Que subsistió por lo ménos hasta el tiempo de Justiniano, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. roman. h. t.*

§. CCIII. Sigue ya la *definicion de la tutela*. Servio

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo: tutela es *la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el Derecho civil*, *L.* 1. *pr. ff.* §. 1. *Inst. h. t.* En esta definicion, como suele suceder, echan de ménos muchas cosas los doctores. 1° Piensan que es oscura, porque dice la fuerza y la potestad *en una cabeza libre*. Qué es cabeza libre? ¿Por qué no se dijo con mas claridad, que *es la fuerza y potestad en* (sobre) *el pupilo?* 2° Dicen tambien que es ambigua, porque puede entenderse por estas palabras, que el tutor ha de ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo: luego este modo de hablar es equívoco. 3° Que es difusa sin necesidad, porque *fuerza* y *potestad* son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. — Pero en realidad la definicion es mui buena, si se entiende como se debe. Con efecto *cabeza libre* es lo mismo que hombre *sui juris*, Gell. *l.* 5. *c.* 19. Ulpian. *Fragment. tit.* 11. §. 5.; y Servio usó de este vocablo general, porque en su tiempo no solo estaban en tutela los pupilos, sino tambien las mujeres. Ademas no sin objeto unió las palabras *fuerza* y *potestad*, porque *fuerza* significa potestad unida con la facultad de refrenar, miéntras la *potestad* no incluye la idea de refrenar (1), pues en las mujeres tenian los tutores potestad, no

(1) Heineccio se empeña equivocadamente en que estas dos palabras tienen diverso significado; mas en el Cuerpo del Derecho están usadas muchas vezes indistintamente. Don Alonso en las Partidas, al copiar esta definicion, la tradujo mejor diciendo: *guarda que es dada al huérfano etc.*

fuerza; en los pupilos aún infantes ejercian la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definicion es este: *tutela es la fuerza* (respecto de los infantes) *y potestad* (respecto de los mas adúltos) *en una cabeza libre* (esto es, sobre la mujer y el pupilo) *para defender á aquel* (parece que debia estar añadido, *ó á aquella*) *que* (en latin *qui*, y sin duda se añadia *quæve*, para denotar los dos sexos) *por su edad* (se añadiria, ó *por su sexo*) *no puede defenderse por sí solo* (ó *por sí sola*). Tal parece que debió ser antiguamente la definicion de Servio Sulpicio; mas probablemente Triboniano, en atencion á no estar en su tiempo en uso la tutela de las mujeres, suprimió lo que ponemos arriba entre paréntesis.

§. CCIV. De esta definicion se deduce el siguiente axioma: la tutela es un cargo público, *pr. Inst. De excusat. tut.* Esto se ha de entender en su verdadero sentido: no decimos que la tutela sea un oficio público, porque el tutor ni administra negocios de la república, ni tiene dignidad alguna, ni recibe sueldo, sino que es y permanece persona privada; solo decimos, que la tutela es cargo público, y cargo público es una carga que todos los ciudadanos, por pública autoridad y precepto, están obligados á sufrir, *L.* 214. *pr. ff. de V. S.* Siendo así pues que á los tutores se les impone esta carga por pública autoridad, á saber, por la lei y los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

magistrados, y que están obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa escusa, con razon se dice que la tutela es un cargo público.

§. CCV. Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan: 1ª *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores, pr. Inst. Qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo? La razon está en la nota del §. 139 de los *Elementos;* y es que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia, *L. 9. ff. De his qui sui vel etc.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo público. 2ª *Que ni los siervos, ni los estranjeros, ni las mujeres pueden ser tutores:* no los siervos ni estranjeros, porque la tutela es un cargo público de que no son capazes sino los ciudadanos; ni la mujer, porque ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podia regir á otro; ademas de que las mujeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano en la *Nov. 118. c. 5.* estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino tambien preferidas á todos los demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande, que apénas recaen sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante á estas mujeres no se las hace tutoras de sus hijos, sino mediante estas condiciones: 1ª que renuncien á segundas nupcias, y

2ª al privilegio del senado-consulto veleyano, por el cual no quedan obligadas las mujeres que afianzan por otro (1).

§. CCVI. Acabamos de ver quiénes pueden ser tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide ó se les suspende la administracion. Esto se ha de deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí (§. 203.) Todos aquellos pues que no son capazes de desempeñar este objeto, no pueden ser tutores. Tales son, 1° *Los menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, ¿cómo han de defender á otros? 2° *Los furiosos* y *mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. 3° *Los sordo-mudos*, porque si tienen los dos defectos reunidos, de manera que á un mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y así no pueden ser tutores. No obstante, aunque esto sea mui cierto, debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legítima y dativa, pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos ó sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sino que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador, hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juício, ó

(1) Véase la *L. 4 tit. 16. Part. 6.*, donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

empiezen á oir y hablar. Mas si un tutor legítimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo-mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juício, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L.* 10. §. 7. *ff. De excus. tutor.*

§. CCVII. Habiendo ya examinado quiénes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora, *¿á quiénes se dan tutores?* Segun nuestra definicion §. 203. respondemos, que *á las cabezas libres, que no pueden defenderse á sí mismas.* De aquí se deducen cuatro conclusiones: 1ª *el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas*, §. 4. *Inst. Quib. test. tut. dat.* (1); y en esto se distingue el *tutor* del *curador;* el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la persona, pues *secundariamente* tambien administran las cosas y patrimonio del pupilo. Mas ¿por qué razon se ha admitido este principio? Porque en la definicion se llama espresamente la tutela fuerza y potestad sobre *la cabeza* (ó persona), no sobre sus cosas ó patrimonio. 2ª *Al que tiene padre no se le da tutor*, *L.* 239. *ff. De V. S.* Por qué? (a) Porque miéntras vive el padre, bastante defendido está el hijo: (b) por-

(1) « Otrosí decimos que el guardador debe ser dado para « guardar la persona del mozo, é sus bienes, é no debe ser « puesto por una cosa ó un pleito señalado tan solamente. » *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

que miéntras vive el padre, el hijo está bajo su potestad, y por tanto no es cabeza libre ú hombre *sui juris*, á los cuales pertenece solo la tutela. 3ª *Al siervo no se le da tutor* (1), *L.* 17 *ff. De tut. dat.* por la misma razon, es decir, porque el siervo está bajo la potestad dominical de su amo, y por lo mismo no es cabeza libre: luego tampoco puede tener tutor. 4ª *A un estranjero no se le da tutor.* Cómo! se dirá; un estranjero, siendo pupilo, necesita de defensa; y en verdad que puede ser cabeza libre, porque no todos los estranjeros son siervos. Pero á esto respondo, que es cierto que tambien los estranjeros necesitan de la defensa de otros, mas no precisamente de la tutela del Derecho romano. Son sí cabezas libres, pero esto se entiende en su patria, no en Roma, por cuanto no gozan de la libertad de los caballeros romanos, Cic. *pro Cæcin. c.* 33. Luego, aunque los estranjeros reciben tutor, lo reciben segun el Derecho de su patria, no segun el romano; al modo que tambien se casan, hacen testamento, y admiten las herencias legítimas los estranjeros; mas no por el Derecho romano, del cual no participan.

§. CCVIII y CCIX. Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres (2): *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento; *legítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma lei,

(1) Así se infiere de dicha *L.* 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

(2) La misma division de la tutela en testamentaria, legítima y dativa se establece en la *L.* 2. *tit.* 16. *Part.* 6.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *lei*, y á los *dativos* el magistrado pretor. Entre estas especies de tutela se observa el órden de que 1° sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto, cuando los hai de esta clase, no son admitidos los legítimos. 2° Que si no hai ningun tutor testamentario, entónces puedan tomar la tutela los legítimos. 3° Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de las XII Tablas, en las cuales se leia esta lei: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tuteláve suæ rei, ita jus esto:* de donde colegian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues 1° así como el heredero testamentario escluye á todos los demas, es preferido tambien el tutor nombrado en testamento. 2° De la misma manera que si no hai heredero instituído, suceden los herederos legítimos ó abintestato, así, faltando tutor testamentario, son llamados los legítimos. 3° Así como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, así tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos pues á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

§. CCX. La primera especie de tutela es la testamentaria, cuyo orígen y razon vamos á esplicar ante todo. Derívase de las XII Tablas, en las cuales habia una lei que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tuteláve suæ rei, ita jus esto* (Téngase por lei lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa.) Ya dijimos arriba que los hijos respecto de él no eran por Derecho romano personas sino cosas, §. 135. Siendo así pues que la lei permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parece seguirse que tambien pueden testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el orígen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro.* 1° Digo que *el padre* puede, porque la lei decia: lo que el padre de familia disponga, etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tansolo al padre. 2° Digo que puede dar tutor *á los hijos constituidos bajo su potestad*, porque segun las XII Ta-

cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *lei*, y á los *dativos* el magistrado pretor. Entre estas especies de tutela se observa el órden de que 1° sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto, cuando los hai de esta clase, no son admitidos los legítimos. 2° Que si no hai ningun tutor testamentario, entónces puedan tomar la tutela los legítimos. 3° Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de las XII Tablas, en las cuales se leia esta lei: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tuteláve suæ rei, ita jus esto:* de donde colegian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues 1° así como el heredero testamentario escluye á todos los demas, es preferido tambien el tutor nombrado en testamento. 2° De la misma manera que si no hai heredero instituído, suceden los herederos legítimos ó abintestato, así, faltando tutor testamentario, son llamados los legítimos. 3° Así como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, así tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos pues á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

§. CCX. La primera especie de tutela es la testamentaria, cuyo orígen y razon vamos á esplicar ante todo. Derívase de las XII Tablas, en las cuales habia una lei que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecuniâ tuteláve suæ rei, ita jus esto* (Téngase por lei lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa.) Ya dijimos arriba que los hijos respecto de él no eran por Derecho romano personas sino cosas, §. 135. Siendo así pues que la lei permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parece seguirse que tambien pueden testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el orígen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro.* 1° Digo que *el padre* puede, porque la lei decia: lo que el padre de familia disponga, etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tansolo al padre. 2° Digo que puede dar tutor *á los hijos constituidos bajo su potestad*, porque segun las XII Ta-

blas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sino acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo 3° *y que no han de recaer en la potestad de otro.* Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo, recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que *no se da al que tiene padre*, §. 207. Este es el sentido del axioma, y esta su razon. De aquí puede deducirse fácilmente cuál sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

§. CCXI y CCXII. El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la *patria potestad.* Luego el que tiene hijos bajo su potestad, puede darles tutor; el que no los tiene, no puede. Segun este principio no es difícil dar razon de, 1° por qué la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en testamento; y en efecto es, porque solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre y la abuela, y mucho ménos otras personas estrañas. Luego ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, porque tampoco le pertenece la patria potestad, sino tansolo al padre y al abuelo paterno. 2° Por qué podemos dar tutor á los hijos constituídos bajo nuestra potestad, no á los emancipados; á saber, porque los emancipados ya no están en nuestra potestad. 3° Por qué á los desheredados puede tambien dárseles tutor en testamento; conviene á saber, porque la desheredacion quita sí la herencia, pero no

es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse, ¿para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada, de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde, (a) que aún cuando nada tengan, pueden tener tutor, porque este se da primariamente á la persona (§. 208.) (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr., por su madre, abuelo ó abuela materna. 4° ¿Por qué á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aún cuando todavía no hayan nacido, y por tanto no estén bajo la patria potestad? La razon es, porque los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos, *L. 7. ff. De statu hom.* Si pues se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituídos bajo la potestad del padre; luego tambien á estos puede el padre dar tutor; que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst. De tut.*

§. CCXIII. Pregúntase ademas, ¿cómo puede ser nombrado el tutor? Segun el axioma, §. 210, respondemos, que se ha de dar 1° *en testamento.* La razon es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podia dar sino en testamento, y así el tutor se da tambien en testamento. 2° Despues se permitió que tambien se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porque cuando da tutor un testador, encomienda ó confía, por decirlo así, á la fe de aquel la tutela, y los fideicomisos pueden dejarse así en testamento como en codi-

cilos, *pr. Instit. De codicill.* 3° Pueden ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capazes de cargos públicos; v. gr., los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia; mas no las mujeres. Y es mui de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que le nombra de oficio, porque este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor seria *ipso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos, porque aunque estos no administran la tutela, sino entre tanto que nombra el magistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, ó recobren el juicio, ó el oído y el habla, se les debe permitir la administracion; de lo cual hablámos en el §. 206. Véase la *L.* 10. §. 7. *ff. De excus.* Finalmente del mismo axioma se infiere, 4° que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta, *L.* 20. *pr. L.* 30. *ff. h. t.* La razon, por Derecho antiguo, era que una persona incierta no podia ser instituída por heredero, §. 25. *Inst. De legat.*; y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, quedó en toda su fuerza el Derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porque el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y ¿cómo puede nadie poner su confianza en una persona incierta? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor: *el que sea elegido cónsul el año próximo, sea tutor de mis hijos.* Finalmente debe observarse, 5° que el tutor puede ser nombrado en testamento *puramente, bajo condicion* y *hasta cierto dia*; cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero ¿en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor? Resp. Porque el nombramiento de tutor que el pretor hace, es un acto legítimo, *L.* 77. *ff. De R. J.*; y un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.) Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legítimo; y de aquí es que puede hacerse bajo condicion, y hasta cierto dia, *L.* 8. §. 2. *ff. h. t.*

§. CCXIV. Hasta aquí hemos sentado el principio de que la tutela es semejante á la herencia. Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar: *miéntras se espera la tutela testamentaria, no hai lugar á la legítima, L.* 11. *pr.* §. 1. *Inst. h. t.*, porque así como no se admite ningun heredero legítimo ó abintestato, en tanto que existe el instituído en el testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entre tanto la tutela legítima, pues segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado, *L.* 7. *ff. De R. J.* Pongamos un ejemplo: un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco: ¿el próximo agnado puede ser admitido como tutor legítimo? — No, porque miéntras se espera tutela testamen-

taria, no se admite la legítima: y en este caso aún se espera, porque un loco puede recobrar el juício. Luego el pretor nombrará tutor entre tanto (§. 206.).

§. CCXV. En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el magistrado; pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es, 1° que hoi todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios: y no todos, sino algunos. 2° Hoi son confirmados aún los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion: *confirmacion es un acto por el cual el magistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento.* Luego se necesita de la confirmacion del magistrado, siempre que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio, ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. 1° Hai vicio en el testador, si nombra tutor á uno que no tenga patria potestad sobre los hijos, v. gr. á la madre ó al abuelo materno. En efecto arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad (§. 211). Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos no constituídos en su potestad. 2° En el modo de nombrar tutor hai vicio, si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor; sin embargo, por cuanto parecia que el testador ponia

en la persona constituída una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados, fuesen confirmados por él, y que con su confirmacion se quitase este vicio (1).

§. CCXVI. La confirmacion se hace de dos modos; ó sin inquisicion, ó con inquisicion. Se hace *sin inquisicion*, si el padre, aunque nombró tutor en testamento, le nombró viciosamente; lo cual se verifica de tres maneras: 1° si dió tutor á un hijo emancipado; 2° si le dió á un hijo natural, porque ni uno ni otro están bajo la potestad del padre; 3° si le dió en codicilos no confirmados por testamento. En estos casos el pretor confirma absolutamente el nombramiento de tutor, sin que considere necesaria la inquisicion, por presumirse que un padre siempre mira por el bien de sus hijos. Por el contrario el pretor confirma con inquisicion los tutores, 1° si fué la madre quien nombró tutor á sus hijos instituyéndolos por herederos: 2° si le nombró el padre á sus hijos naturales sin instituirlos, *L. 4. ff. h. t. L.* 1. §. 2. *L.* 2. §. 7. *De confirm. tut.*: 3° si fué un estraño, v. gr. un tio paterno, ó uno materno, quien

(1) En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre ó un estraño, que instituyan heredero al mismo pupilo, *LL.* 6 *y* 8. *tit.* 16. *Part.* 6., leyes que no hacen mencion alguna, ni de fianza, ni de inquisicion. En el dado por la madre, añade la misma *L.* 8, que puede el juez confirmarle, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero al pupilo, le ha dejado algo, por cualquier via y título que fuese.

nombró tutor. Porque como en todos estos casos no hai lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma sí los tutores nombrados, pero no lo hace sino precediendo la inquisicion; y lo que el pretor inquiere ó averigua en semejantes casos es, 1° si es útil al pupilo esta tutela, y 2° si el tutor es hombre de bien, ó si es algun pícaro, ó si es enemigo del pupilo etc.

§. CCXVII. [Toda la doctrina, correspondiente á este párrafo, está esplicada en las notas precedentes.]

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

§. CCXVIII. La tutela *legítima* es otra de las especies de tutela (§. 209), y se llama así, porque á estos tutores ni los nombra el testador, ni el magistrado, sino que la misma lei los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la lei llama á la tutela, 1° á los *próximos agnados;* por lo cual en este título se trata de la tutela legítima de los agnados; 2° á los *patronos* para la tutela de los libertos, y de aquí la tutela legítima de los patronos, que es la materia del tít. 17; 3° al *padre* para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela legítima de los padres, de que se hablará en el tít. 18; y por último 4° al *hermano* para la tutela del hermano

impúber emancipado: esta se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tít. 19. Las tres últimas especies no están hoi en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estension. Tiene lugar *esta tutela legítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado, porque *siempre que hai tutor por testamento, no se admite tutor legítimo* (§. 214.); pero se admite muriendo intestado el padre del pupilo. Y en este título se dice que el padre murió intestado, 1° si absolutamente no hizo testamento; 2° si aunque lo hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst. h. t.* En ambos casos pues hai lugar á la tutela legítima. Pero se pregunta, ¿por qué, no existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, esplicado en el §. 207, se podrá fácilmente contestar. La tutela se tiene por semejante á la herencia: faltando el heredero instituído en el testamento, sucede el legítimo ó el heredero abintestado. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

§. CCXIX. De aquí se deduce fácilmente cuál sea el fundamento de esta tutela. En efecto, como los antiguos comparaban esta tutela con la herencia (§. 208.), formaron el siguiente axioma: *donde quiera que existe el provecho de la sucesion, allí debe tambien hallarse la carga de la tutela:* cuya regla se halla concebida en los mismos términos en el §. *un. Inst. De legit. patr. tut*: y de ella sacaron que pues la lei llamaba al provecho de la herencia á los próximos agna-

dos, tambien debian estos ser obligados á tomar sobre sí el cargo de la tutela.

Puede preguntarse, ¿si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? Á la verdad los antiguos griegos creían tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo, porque si está tan ansioso de la herencia que quiera dar veneno, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, le será esto tanto mas fácil, cuanto que tiene bajo su tutela la persona del pupilo; y no faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb. c.* 9. Así pues el legislador de los atenienses, Solon, deferia sí la tutela á los agnados; pero á los mas remotos, no á los próximos: Caróndas, legislador de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferian la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar del medio á los infelizes pupilos. Véase á Vinnio *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Hubero, *Digress. lib.* 3. *c.* 5. defiende esta disposicion; pero los argumentos en que se apoya, no parecen difíciles de refutar. Como quiera que sea, lo cierto es, que en el Derecho estaba recibido el axioma de que, *donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el cargo de la tutela.* No obstante debe añadirse la siguiente limitacion; *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos.* Y así una mujer puede ser próxima agnada, y por lo

mismo heredera legítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 205.), á no ser que fuese madre ó abuela.

§. CCXX y CCXXI. Segun este axioma pues no es difícil conocer quiénes son llamados á la tutela legítima. Debe distinguirse entre el Derecho *antiguo* y el *nuevo* Por el *antiguo* 1° solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *gentiles*, porque tambien eran los únicos que sucedian abintestado, mas no los cognados. Espliquemos pues quiénes sean *agnados*, quiénes *gentiles*, y quiénes *cognados*. *Cognados* se llaman generalmente aquellos que son de una misma sangre y orígen, ya paterno, ya materno: por ejemplo, el tio paterno, el materno, la tia paterna y la materna son cognados mios. Pero agnados en especie se llaman aquellos, que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L. 7. ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Así, por ejemplo, el *tio paterno* es *agnado mio*, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio materno*, porque lo tiene por mi madre; de manera que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion es el mismo nombre, y así todos los agnados de Ciceron se llamaban Cicerones. Por último los *agnados* y *gentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *gentiles* de un mismo tronco ó raza. Por ejemplo, todos los Cornelios eran gentiles, porque todos descendian del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados, por descender de una misma familia

de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenian tres nombres, *prænomen, agnomen, cognomen*, v. gr. Marco Tulio Ciceron. El prenombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de que se descendia, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repetimos que por Derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr.* §. 1. *Inst. h. t.* 2° Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluía á los mas remotos, porque lo mismo sucedia en la herencia: v. gr. á Ticio, pupilo, le quedan un tio paterno, un tio segundo y un hijo del tio paterno: quién de estos será tutor? El tio paterno, que escluye á todos los demas: véanse las *figs.* 13, 14 *y* 15. *de la lám. II.* 3° Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Por ejemplo, si uno tiene (*lám. II. fig.* 16.) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el Derecho antiguo: hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos: 1° en que hoi no hai ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov.* 118. *c.* 4. á los agnados y los cognados, tambien hoi deben ser iguales en la tutela legítima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); 2° y tambien se diferencia el Derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer ninguna, por la *Nov.* 118. *c.* 5., la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablámos arriba, §. 205 (1).

§. CCXXII. Ántes de acabar este título, indicaremos otra diferencia entre los *agnados* y *cognados*, á saber que el *derecho de agnacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tansolo por la capitis-diminucion *máxima* y *média*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del Derecho civil, y el de cognacion viene del Derecho natural y de gentes; y el Derecho civil se muda fácilmente; lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porque sufrió la capitis-diminucion mínima; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á esplicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la pa-

(1) En la *L.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6., puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *L.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

labra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendia en Roma todo aquel, cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aquí las frases, *censa sunt capita civium CCM.; capite census*, que se decia del que no tenia que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda; *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion pues á que en las tablas no eran inscritos sino los *hombres libres, ciudadanos* y *padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad, ciudad* y *familia*. Por lo mismo de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Inst. h. t.*; y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite minuído (*capite minutus*).

§. CCXXIV. Ahora ya no habrá duda, si definimos la capitis-diminucion diciendo, que es la mutacion del estado anterior. Cuando pues á un hombre libre se le hace esclavo, á un ciudadano estranjero, y á un padre hijo de familia, se verifica la capitis-diminucion; mas no *vice-versa*, si á un esclavo se le hace hombre libre, á un estranjero ciudadano, y á un hijo padre de familia. Algunos hai que varían nuestra definicion, diciendo, que la capitis-diminucion es la mutacion del primer estado *en otro peor;* pero esta adicion es superflua, porque un hombre libre tiene estado, mas no un siervo; tiénelo un ciudadano, no un estranjero; del mismo modo que lo tiene un padre, y no un hijo de familia. Luego si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite-minuídos*.

§. CCXXV. Siendo pues la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad*, *ciudad* y *familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima*, *média* y *minima*. *Máxima* es aquella por la cual se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y familia; v. gr. cuando á alguno se le hace siervo, porque entónces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Média* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre; pero sin embargo se hace estranjero, y deja de ser padre de familia. *Minima*, por la cual se estinguen los derechos de familia, aunque subsisten los de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *média* con el de ciudad, y la *minima* con el de familia. Dos observaciones deben tambien añadirse: 1ª que la *máxima* y la *média* se llaman en nuestro Derecho *muerte civil*, *L.* 209 *ff. De R. J.* Y por qué? Porque al modo que un muerto nada hace ni padece, así tampoco un siervo ni un estranjero no podian obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del Derecho civil; por ejemplo, no contraían el matrimonio del Derecho romano, ni testaban, ni eran instituídos herederos en testamento, ni contraían segun el Derecho civil, ni tenian patria potestad sobre sus hijos, ni usucapían; y así eran reputados por muertos,

de la misma manera que aquellos á quienes se les corta materialmente la cabeza. 2ª Que algunas vezes solo ocurren dos clases de capitis-diminucion en nuestro Derecho, v. gr. en las notables, *L.* 1. §. 1. *ff. De suis et legit.* y *L.* 1. §. 8. *ff. ad. S. C. tertull.*; pero entónces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la máxima y la média; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noodt, *Probab. lib. I. c.* 12. y *Observ. lib. II. cap.* 21.

§. CCXXVI, CCXXVII y CCXXVIII. Habiendo ya esplicado las tres clases de capitis-diminucion, vamos ahora á ver quiénes las sufren.

Sufren la *máxima*, 1º los *prisioneros de guerra* (*capti ab hoste*) (1). Entre nosotros permanecen libres los prisioneros; pero entre los romanos al instante se hacian siervos, y así es que perdian el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen hasta que volvian á su patria. Pero en este caso todos los derechos se recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el §. 82. 2º *Los que siendo mayores de veinte años, se dejaban vender dolosamente, y por disfrutar del precio;* de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83, pues estos eran obligados en castigo á permanecer en servidumbre, perdian el estado de libertad, y

(1) Sobre lo que por Derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tit.* 29. *de la Part.* 2.

así sufrian la capitis-diminucion máxima. 3º *Los siervos de la pena.* Pero quiénes son estos? La lei porcia habia establecido en Roma, que los ciudadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte; y en efecto cuantas vezes un magistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano, otras tantas solia este clamar: soi ciudadano romano; y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. apost. c.* 22 *v.* 24, cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien Cic. *Orat.* 1. *adversus Verrem, c.* 7. *orat.* 5. *cap.* 146, 161, 167, 169. Euseb. *Hist. eccl. l.* 5. *c.* 1 y el *Apénd.* de nuestras *Ant. rom. lib.* 7. §. 28. *p.* 258. Siendo así pues que los ciudadanos gozaban del insigne privilegio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fingian mui hábilmente los romanos, que aquellos que debieran sufrir pena de muerte, por la sentencia capital quedasen siervos y perdiesen los derechos de ciudad; pero como no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaia bajo el dominio de nadie, fingian que la pena venia á ser como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena.* Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto Noodt, *Prob. l.* 3. *c.* 12.

La capitis-diminucion *média* la sufrian, 1º aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego (*qui-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

bus aqua et igni interdictum). Y esto qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad;* y de aquí es que si querian privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebiscito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podia ser obligado), sino que no usase del agua y del fuego. Hecho esto, se le ponian guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podia sostener su vida, se veia precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra; con lo cual al instante perdia el derecho de ciudad, porque segun el Derecho romano nadie podia ser ciudadano de dos ciudades: véase á Corn. Nep. *in Vita Attici, c.* 3 y nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 10. La misma capitis-diminucion média sufren 2º los *deportados* (1). Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues tambien á los deportados se les prohibia el uso del agua y el fuego; pero se diferencian en el efecto. Antiguamente aquellos, á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podian á su arbitrio ir á donde querian; pero Augusto, á persuasion de su mujer Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados, por la libertad en que se les dejaba, dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen allí confinados; por lo

(1) Véase la *L.* 2 *tit.* 18. *Part.* 4., cuya doctrina está conforme con lo establecido por Derecho romano.

cual despues se les llamó *deportados*. V. Dion. Cass. *Hist. lib. CV. p.* 562. Aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados tenian la denominacion comun de desterrados (*exsules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos esplicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 192.

Finalmente la capitis-diminucion *mínima* la sufren 1º los *arrogados* (1) porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. 2º Los *hijos de arrogados*, porque estando ántes bajo la potestad de sus padres, en virtud de la arrogacion recaen bajo la potestad del arrogador, y por lo mismo mudan de familia, *L.* 3. *pr. ff. h. t.* 3º Los *emancipados*. Aquí puede originarse una duda: los emancipados, de hijos de familia se hacen padres de familia, de suerte que su estado no se muda en peor, sino en mejor; luego no puede llamarse capitis-diminucion. Pero á esto respondemos que sí puede llamarse, y que para ello habia una razon particular, cual era el que antiguamente no podia hacerse la emancipacion sino por medio de una venta imaginaria, que reducia al hijo á la clase de siervo. Por lo cual, si los emancipados se llamaban capite-minuídos, era porque se les reducia á una imaginaria

(1) Conviene con esto la *L.* 7. *tit.* 7. *Part.* 4. Pero en el dia de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se esceptúa el infame, segun dispone la *L.* 7. *tit.* 6. *Part.* 7.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

condicion servil, *L.* 3. §. 1. *ff, h. t.* véase tambien el §. 188. Pero esto no tiene lugar en el dia, por cesar en la emancipacion aquella imaginaria venta, desde que se introdujo la emancipacion anastasiana y la justinianea, de que se habló arriba en el §. 189 y sig.

§. CCXXIX. [Segun el Derecho español ninguna pérdida de derechos impide que los parientes consanguíneos tengan la tutela de sus parientes impúberes; aunque parece deducirse de la lei, que debiera ser privado de la tutela, por razon de infame, el sentenciado á presidio y galeras.]

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

§. CCXXX. Todavía estamos tratando de la tutela legítima, de la cual dijimos que habia cuatro especies: de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciaria*. Hasta aquí hemos hablado de la tutela de los agnados y de la capitis-diminucion, por la cual puede estinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela de los patronos; y llamándose *patrono* aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúber, ó de los hijos del liberto.

§. CCXXXI y CCXXXII. El fundamento de esta tutela

de los patronos es el mismo que el de la legítima de los agnados: donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues, muriendo sin hijos el liberto, le sucedian el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111 y 112: véase Vinn. *ad. Inst. tit. De success. libert.*); luego tambien debian los patronos ser tutores legítimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII Tablas, y sin embargo en las XII Tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst. h. t.*, que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII Tablas nada habia escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se deriva de ellas, porque en efecto, si en las XII Tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecia estarlo, que se encargase de su tutela, pues *donde está la utilidad de la sucesion, debe tambien, etc.* (1).

TÍTULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PADRES.

§. CCXXXIII. La tercera especie de tutela legítima es

(1) Desconocida casi en España la esclavitud, apénas puede tener uso lo que en este título se dice de la tutela legítima de los patronos.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la de los *padres*, que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L.* 3. §. *ult. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué no seria mejor decir, que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre, no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos constituídos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV y CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Más arriba (§. 195.) esplicámos, que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las vezes se hacia por el mismo padre. Siendo así que el que manumite, se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde está la utilidad de la herencia, debe igualmente estar el cargo de la tutela* (§. 219.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrian los antiguos jurisconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI. [En el dia son inamisibles la tutela de los padres y la fiduciaria, por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la emancipacion retenia el padre.]

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII y CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria, usando de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder.* Cic. *De offic. lib. III. c.* 13. Este contrato de confianza solia tener lugar en la emancipacion de los hijos, pues el padre, vendiendo tres vezes á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entónces le manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Y estando dispuesto en la lei de las XII Tablas que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediesen abintestato, de aquí se seguia que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre, dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta

la de los *padres*, que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L.* 3. §. *ult. ff. De legit. tut.* Mas ¿por qué no seria mejor decir, que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre, no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos constituídos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV y CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Más arriba (§. 195.) esplicámos, que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las vezes se hacia por el mismo padre. Siendo así que el que manumite, se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde está la utilidad de la herencia, debe igualmente estar el cargo de la tutela* (§. 219.): por consecuencia la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre; que es lo que queríamos demostrar. Así discurrian los antiguos jurisconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI. [En el dia son inamisibles la tutela de los padres y la fiduciaria, por hallarse fundadas en el derecho de patronato que por la emancipacion retenia el padre.]

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII y CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria, usando de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam frauder.* Cic. *De offic. lib. III. c.* 13. Este contrato de confianza solia tener lugar en la emancipacion de los hijos, pues el padre, vendiendo tres vezes á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le habia entregado, y entónces le manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Y estando dispuesto en la lei de las XII Tablas que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediesen abintestato, de aquí se seguia que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre, dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta

tutela fiduciaria, que es la que, despues de la muerte del padre emancipante, corresponde á los hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúber emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano, *Fragm. lib. XI.* §. 5. llama *fiduciaria* á la tutela legítima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior: de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, que era antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como opinan algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decidirlo, y ménos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DA POR LA LEI JULIA Y TICIA.

§. CCXXXIX y CCXL. Hasta aquí llevamos esplicadas dos especies de tutela la *testamentaria*, tít. 14 y la *legítima*, tít. 13 al 19. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la lei, sino *por el magistrado*. Definimos pues la dacion de tutor diciendo, que es *un acto legítimo por el cual, á falta de*

tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros con arreglo á la lei por el magistrado. Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen, que son tres: 1° *este tutor es nombrado por el magistrado, con arreglo á la lei*, es decir, segun la lei atilia, y la julia y ticia; pues entre los romanos no pertenecia al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por lei especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador; y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la lei atilia. De aquí es que *la dacion de tutor se dice ser de jurisdiccion estraordinaria*, *L.* 7. §. 1. *ff. De offic. procons.*, porque no dimana del oficio del magistrado, sino de lei especial. 2° *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos* (1); porque al modo que no hai lugar á la tutela legítima sino faltando

(1) « Desamparado fincando el mozo que fuese menor de « catorce años, de guisa que su padre non le oviese dejado « guardador en su testamento, nin oviese pariente cercano « que lo quisiese guardar, entonce la madre é los otros parien- « tes que heredaren á este mozo, si moriese sin testamento, « deben é pueden pedir al juez del lugar que le dé guardador « atal, que sea bueno, é rico, é que entienda que lo recibe mas « por pro del mozo que de sí mismo. » *L.* 12. *tit.* 16. *Part.* 6.

la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa, cuando la hai testamentaria ó legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. 3° *La dacion de tutor es acto legítimo*, pues así se llama espresamente en la *L. 77. ff. De R. J.* Qué cosa sea acto legítimo, ya lo esplicámos en el §. 70; esto es, un acto que se debia ejecutar solemnemente, y que no admitia procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas, cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI y CCXLII. Primer axioma: *este tutor es nombrado por el magistrado con arreglo á la lei;* luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hai, y son dos; la lei atilia, y la julia y ticia. Veamos en qué tiempo fué hecha la *primera*. Ya en el año de la fundacion de Roma 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la lei atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXXIX. c.* 9; luego nuestra lei es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta lei, y no apareciendo ántes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fundacion de Roma, segun el mismo Livio, *lib.* 9. *c.* 30, es verosímil que esta lei fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* lei fué establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fundacion de Roma, y trae su denominacion de Julio César Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes, y que descubrió el

docto Henr. Vales., de la Compañía de Jesus, en sus notas *ad Excerpta peiresciana, p.* 61. Por lo demas estas leyes se diferencian, 1° en que la primera trata de los tutores que se debian dar en Roma, y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2° En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3° En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primera lei, se llamaban atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban julianos-ticianos, segun se ve en la rúbrica de este título. Á escepcion de estos magistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones. Efectivamente, 1° siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c.* 25., se habia dispuesto por un senado-consulto, que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos; y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, averiguando ó informándose diligentemente, así de las costumbres como de la capazidad del tutor, §. 3. *sig. Instit. h. t.;* lo cual segun Plinio, *Epist. IX.* 13, todavía se observaba así en tiempo de Trajano. 2° En el de Marco Antonino empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya única atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, §. 4. *Inst. h. t.* Jul. Capi-

tol. *in vita M. Antonini imp. c.* 10. 3º Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los magistrados municipales con órden de los presidentes, §. 3. 4. *Inst. h. t.* 4º Finalmente, el derecho de nombrar tutores se concedió á los magistrados municipales, á los obispos y al presidente de Alejandría.

§. CCXLIII. Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podia encargarse á otro.* Porque es de saber que en otros casos cualquier magistrado podia delegar á otro su jurisdiccion; v. gr. si el pretor se veía precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro colega. Así tambien el presidente de una provincia, por cuanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. lib.* 1. hai el título *De offic. ejus, cui mandata est jurisdictio.* Se pregunta pues, ¿si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el magistrado? En la *L.* 8. *pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1.ª porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del oficio del magistrado, sino de una lei especial, y todo lo que dimana de lei especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L.* 1. *pr. ff. De off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2.ª Porque la dacion de tutor es un

acto legítimo, y la naturaleza de los actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L.* 77. *de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L.* 15. *ff. De off. procons.*, en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo así que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibian el derecho de nombrar tutores por una lei y constitucion especial del emperador M. Antonino, *L.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Luego si nombraban tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una lei especial, y por lo mismo esta lei no se opone á las demas.

§. CCXLIV. El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los legítimos.* De él sacamos dos conclusiones: 1.ª Que solo faltando estos, puede el magistrado nombrar tutor; mas no si el testamentario ó legítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2.ª Que siempre que la tutela testamentaria está supendida ó se acaba, hai lugar á la dativa. Arriba hemos visto (§. 206 y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entretanto no se admite tutor legítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre.

Lo mismo sucede, si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuido, ó removido por sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el magistrado, *L.* 11. *ff. De test. tut.* §. 1, 2. *Inst. h. t.*

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, *la dacion ó nombramiento de tutor es un acto legítimo.* Siendo así pues que un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.), es claro, 1.° que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo por ejemplo: serás tutor, si te graduares de doctor en leyes: 2.° que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.), *L.* 8. §. 2. *ff. De test. tut.* §. 3. *Inst. Qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legítimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiente la regla de la *L.* 77. *ff. De R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI. [La *lei* 12, *tit.* 6. *Part.* 6. da facultad para nombrar tutor al juez del domicilio del pupilo, al del lugar de su nacimiento, y al que lo es del lugar del domicilio del padre ó del en que tiene la mayor parte de los bienes, encargándoles lo hagan, tan luego como sean requeridos por los parientes ó amigos del huérfano ó por cualquiera otro del pueblo.]

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCLVII y CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de las varias especies de tutores: tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consisten principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L.* 14. *ff. De sponsal.* El tiempo que média entre el sétimo año y la pubertad, se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,

el varon es infante hasta el año.	7
próximo á la infancia, hasta los. . .	10 ½
próximo á la pubertad, hasta los. .	14
púber, cumplidos los.	14
plenamente púber, cumplidos los. .	18
y mayor de edad, cumplidos los. . .	25
La hembra es infante hasta el año.	7
próxima á la infancia, hasta los. . .	9 ½

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

próxima á la pubertad, hasta los. . . 12
púber, cumplidos los. 12
plenamente púber, cumplidos los. . 14
y mayor de edad, cumplidos los. . . 25

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos mui presentes y no confundirlos el legista. Y viniendo ya á su aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra*, *L.* 1. §. 2. *ff. De administr. tutor.* Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entónces puede hacerlo todo, con tal que sea á presencia y con el consentimiento del tutor, de quien se dice que entónces *interpone su autoridad*, *L.* 9. *ff. De adquir. hered.* Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, ni pagar, sino que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolutamente este. Por el contrario el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, *y se haga con su autoridad.* Con efecto, *auctoritas* viene de *augendo*, porque el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del pupilo; pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es

persona, es, digámoslo así, média persona por la debilidad de su juício. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor, y *aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se llama *autoridad.* Esta es la razon por que en la *L.* 32. §. 2. *ff. De adquir. possess.* se dice que *el juício del pupilo es suplido por la autoridad del tutor;* aunque en este pasaje parece que se toma en sentido lato la palabra *infante* por toda clase de pupilos.

§. CCXLIX. De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es *un acto legítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo que ha salido ya de la infancia, y por lo cual pudiera hacerse peor su condicion.* Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, 1.° que es *un acto legítimo*, porque aunque no podemos demostrarlo *á priori*, por no llamarse así en ningun pasaje del Derecho la autoridad del tutor, podemos hacerlo ver *á posteriori.* En efecto todo cuanto en la *L.* 77. *ff. De R. J.* se dice de los actos legítimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad, se requerian ciertas palabras solemnes, segun esplicámos en las *Ant. rom.*, *l.* 21. §. 3. Luego habiendo todos los requisitos de los actos legítimos, no hai inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto legítimo.* Decimos, 2° *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que*

ha salido ya de la infancia; porque si el pupilo es todavía infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sino que entónces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, 3° *por lo cual pudiera hacerse peor su condicion.* Luego veremos que el pupilo puede hacer mejor su condicion, aún sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si álguien da una cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro cualquier cosa, ninguna obligacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, 4° *aprueba solemnemente;* pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debian esplicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1° la autoridad es un acto legítimo. 2° Es precisa siempre que se hace algo que puede empeorar la condicion del pupilo. 3° El tutor suple con esta autoridad el juício del pupilo. Tratemos de cada uno en particular.

§. CCL. El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo.* De él se sacan dos consecuencias: 1ª que cuando el tutor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio, §. 3. *Inst. h. t.* (1) Luego

(1) Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6.; aunque no está decidido, si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo.

no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si hecha una cosa por el pupilo, la tuviese él despues por válida y la confirmase, *L.* 9. §. 5. *h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debian esplicar en propia persona, *L.* 77. *De R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina: 1° en la *L.* 9. §. *ult. ff. h. t.* se dice, *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor.* Pero esta lei no repugna á lo que dejamos dicho, pues cualquier ausente puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En suma, aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. 2° Tambien pudiera objetarse la *L.* 25. §. 4. *ff. De adquir. vel omitt. hered.*, donde se dice espresamente que *puede interponerse la autoridad concluído ya el negocio* (*perfecto negotio*), cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluído ya este. Pareció esto de tanta consideracion al célebre jurisconsulto Jacobo Gotofredo, que en el *Coment.* á la *L.* 29. *ff. De R. J.* no duda enmendar el testo, y en lugar de *perfecto negotio* leer *provecto*

negotio (adelantado ya el negocio). Pero no hai precision de un remedio tan violento. En efecto la autoridad sin duda debe interponerse concluído el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluído, sino al instante que se concluye, v. gr. así que dice el pupilo: prometo ciento; al instante de haber hecho esta promesa, debe añadir el tutor: interpongo mi autoridad (*auctor fio*). 2.° Que el tutor debe interponer su autoridad puramente, no bajo condicion; v. gr. no debe decir: consiento, si fuere útil á mi pupilo; sino puramente: consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto legítimo no admite condicion, *L.* 123. *ff. De R. J.*

§. CCLI y CCLII. El segundo axioma es: *se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pueda hacerse peor la condicion del pupilo* (1); porque hacer mejor su condicion bien podia el pupilo, aún sin la autoridad del tutor, pero no hacerla peor, *pr. Inst. h. t.* Mas ¿cuándo se dice que el pupilo hace mejor su condicion? y cuándo peor? Resp. *Mejora* su condicion el pupilo todas las vezes que otro se le obliga; vr. gr. cuando otro promete al pupilo, ó le dona, ó presta; y la *deteriora* ó hace peor, siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr. si el pupilo promete, dona, ó presta á otro. De aquí se sacan dos consecuencias mui notables: (a) que el pupilo puede sin la autoridad del tutor admitir la estipulacion de otro, y adquirir con cualquier título lucrativo; porque de esta manera se obliga otro al pupilo, no este á otro. Luego al pupilo, en ausencia del tutor, se le puede prometer, dar, etc. (b) Que los contratos bilaterales hechos con un pupilo, *claudican*, es decir, que el otro queda obligado al pupilo, pero no lo queda el pupilo al otro, si no intervino la autoridad del tutor; por ejemplo, un comerciante vendió á un pupilo un reloj de oro por cien florines sin la autoridad del tutor: se lo dice á este el pupilo, y le parece bien el precio al tutor, que envía el dinero para pagarlo. Entre tanto, arrepentido de la venta el comerciante, dice que no quiere vender el reloj por los cien florines, pues no se considera obligado por el contrato hecho con el pupilo. Pregúntase, si en efecto le obliga dicho contrato? Sin duda alguna le obliga; pero si el comerciante quisiera obligar al pupilo á que pagase el precio, responderia mui bien el pupilo, que él no habia podido obligarse sin la autoridad del tutor. Y aunque pudiera parecer injusto que por un mismo contrato quede el comerciante obligado, y no lo quede el pupilo, no lo es en realidad, si se atiende á que debe culparse á sí mismo el que sin la autoridad del tutor contrae con un pupilo; y por lo mismo no debe llevar á mal el que este contrato claudique, y no sea obligatorio para ambas partes.

§. CCLIII. Se puede suscitar acerca de la admision

(1) « Otrosí, decimos que el mozo non puede facer pleito, « nin postura con otro ninguno, en que obligue ninguna cosa « de sus bienes, á ménos de otorgamiento de su guardador, « é si lo ficiere á daño de sí, non debe valer. » *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6.

de la herencia la gran duda, de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parecer superflua esta autoridad, porque el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, *L.* 9. §. 3. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* (1): por qué será? Generalmente se dice que lo han prohibido las leyes, porque la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta, si se atiende á que en el §. 2. *Inst. h. t.* se dice espresamente, que el pupilo no puede admitirla sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa.* Luego otras deben ser las razones; y en efecto hai dos que se deben tener presentes 1.ª que la adicion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual el que admite, se obliga á los legatarios y fidei-comisarios á pagarles lo que se les dejó en el testamento, *L.* 8. *pr. ff. De adquir. her.*; y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. 2.ª Que la admision de la herencia era un acto legítimo, *L.* 77. *ff. De R. J.*, y los actos legítimos no podian, sin la autoridad del tutor, ejecutarse por el pupilo, *L.* 19. *ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeria la autoridad del tutor; que es lo que nos habíamos propuesto demostrar.

(1) Lo dispuesto por nuestras leyes viene á ser lo mismo, porque siendo cierto que el heredero que acepta una herencia, se obliga respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndolo tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie la autoridad del tutor, *L.* 17. *tit.* 16. *Part.* 6., debe inferirse que el pupilo no puede admitir la herencia sin esta autoridad. Véase dicha *L.* 17.

§. CCLIV y CCLV. Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo,* se deduce: 1º que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya, §. 3. *Inst. h. t.*; esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que medie entre él y el pupilo. La razon es esta: miéntras el tutor suple el juicio del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo así, una sola y misma persona: una persona no puede contraer consigo misma; luego tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, 2º que el tutor no puede comprar del pupilo, *L.* 43. §. 7. *ff. De contr. empt.*, porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya; lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hai sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L.* 5. *C. De contr. empt.*; y es la razon, porque allí no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio convencionalmente, sino por puja; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. 3º Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*, porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae; el que cuasi-contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor, ni este interponer-

la en una cosa suya; luego se debe nombrar otro que autorize; que es lo que se habia de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit.* 11. §. 24.; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya le tiene.

§. CCLVI. [Por Derecho español la autoridad del tutor no es acto legítimo. Cuando el guardador tiene que contratar con el huérfano, se nombra un curador especial al efecto. Concluída la tutela, el tutor tiene derecho á la décima de los frutos de los bienes administrados; pero si la renta fuere mui cuantiosa, se le señalará una retribucion moderada.]

TITULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos esplicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela, pues hemos visto, (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*. Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela,

§. 203; luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ora muera el tutor, ora el pupilo, porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo no necesita el pupilo de que nadie le defiénda en este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien, que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre era tutor, nombrado bien por el testador, bien por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma; luego la tutela no pasa á los herederos. Se esceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos, si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *fig.* 17 *de la lámina II*, el primero, impúber, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado (§. 221.) Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren ántes de la pubertad del primero;

la en una cosa suya; luego se debe nombrar otro que autorize; que es lo que se habia de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit.* 11. §. 24.; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya le tiene.

§. CCLVI. [Por Derecho español la autoridad del tutor no es acto legítimo. Cuando el guardador tiene que contratar con el huérfano, se nombra un curador especial al efecto. Concluída la tutela, el tutor tiene derecho á la décima de los frutos de los bienes administrados; pero si la renta fuere mui cuantiosa, se le señalará una retribucion moderada.]

TITULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos esplicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela, pues hemos visto, (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*. Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela,

§. 203; luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ora muera el tutor, ora el pupilo, porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo no necesita el pupilo de que nadie le defiénda en este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien, que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre era tutor, nombrado bien por el testador, bien por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Ademas hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma; luego la tutela no pasa á los herederos. Se esceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos, si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *fig.* 17 *de la lámina II*, el primero, impúber, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado (§. 221.) Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren ántes de la pubertad del primero;

en este caso serán tutores los herederos del quinto, que son el sesto y sétimo, con tal que sean mayores de edad y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto, quedan próximos agnados; y así es como debe entenderse la *L.* 26. §. 1. *ff. De tut.* y la *L.* 46. *ff. Famil. ercisc.*

§. CCLIX. Tambien se acaba la tutela por la capitis-diminucion, pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.), *L.* 209. *ff. De R. J.*, los jurisconsultos atribuian á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien se acababa por la capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hai entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuído el pupilo, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima, bien la média, bien la mínima. Mas el tutor pierde la tutela por la capitis diminucion máxima y la média, y no por la mínima. §. 1, 3, 4. *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el pupilo sufre la capitis-diminucion máxima, se hace siervo; si sufre la média, se hace estranjero; y si la mínima, se hace hijo de familia por arrogacion: y ni el siervo puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el estranjero, porque la tutela es un derecho propio de los ciudadanos romanos (§. 207.), ni el hijo de familia, porque está bajo la patria potestad, y al que tiene padre, no se le da tutor (§. 207.) Mas el que el tutor, por haber sufrido la capitis-diminucion máxima ó média, pierda la tutela, se funda en que ni el siervo ni el estranjero pueden ser tutores, como incapazes de cargos públicos (§. 205.) Pero la capitis-diminucion mínima no perjudica al tutor, porque puede serlo un hijo de familia, que en los cargos públicos es reputado por padre de familia, *L.* 9. *ff. De his qui sui vel alieni.* Es verdad que por Derecho antiguo habia una escepcion en los tutores legítimos, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el derecho de agnacion, el cual se perdia por cualquiera capitis-diminucion (§. 222.) Mas como en el Derecho nuevo, por la *Nov.* 118. *c.* 145, se hacen tambien tutores los cognados, y no se pierde la cognacion por la capitis-diminucion mínima (§. 221.), se sigue que hoi cesa la escepcion, y queda universal la regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion, no por eso pierde la tutela.*

§. CCLX. El tercer modo de acabarse la tutela es la *pubertad*, puesto que la tutela se da porque el pupilo *no puede defenderse á sí mismo por su edad* (1). Pero esta razon cesa siendo ya de perfecta edad ó púber; luego tambien acaba la tutela. Pregúntase, cuándo llega uno á la pubertad? En este punto discordaron las

(1) « Durar debe el oficio de los guardadores, fasta que los « huérfanos sean de edad de catorce años, si fueren varones, é « si fueren mujeres, fasta que sean de doce. » La *lei* 17, *tit.* 16. *Part.* 6. esplica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluída la tutela.

antiguas sectas. Los proculeyanos creían que la pubertad debia estimarse por el estado y disposicion del cuerpo: los sabinianos juzgaban que por los años, y segun ellos, se requerian en los varones catorce, y doce en las hembras. Javoleno Prisco, tratando de conciliar estas dos sectas, queria que se atendiese á las dos cosas, al estado del cuerpo y á los años. Véase sobre esto á Ulpiano, *Fragment. tit.* 2. §. 28. y á Servio, *Schol. ad Virgil. Æneid. lib.* 7. *v.* 93. *et Eclog.* 8. *v.* 34. Justiniano cortó estas disputas en la *L. fin. C. Quando tut. esse desin.* y en el *pr. Inst. h. t.* confirmando la opinion de los sabinianos. Mas aunque el emperador obró bien en esto, parece que no entendió á los proculeyanos, pues dice ser indigna del pudor de su siglo la inspeccion ó reconocimiento indecoroso del cuerpo, por el cual creyeron los proculeyanos que se debia graduar la pubertad. Pero el *estado del cuerpo* por el que queria Próculo que se esplorase la pubertad, no parece que significa la inspeccion de las partes vergonzosas, sino el estado esterior del cuerpo, v. gr. si sale la barba, si la voz se hace gruesa, etc. Esto es lo que los proculeyanos mandaban averiguar. Véanse las *Ant. rom. h. t.* Es verdad que Bynkershoeck, *Observ. lib.* 3. *c.* 34. y Gundlingio, *Gundlingian. Part.* 24. *diss.* 7. se esfuerzan en probar que antiguamente estaba absolutamente recibida, para la esploracion de la pubertad, la inspeccion de las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen, pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr. si se trataba de si un esposo era apto para el

matrimonio, si podia juntarse con la hembra, etc.; en cuyos casos aún hoi manda el juez la inspeccion ó reconocimiento. Pero si la cuestion versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamas se haya hecho esta esploracion de las partes genitales; y así en mi concepto no entendió el emperador á los proculeyanos. Como quiera que sea, hoi siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberes los varones en siendo mayores de catorce, porque entónces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece apta para casarse:

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.

§. CCLXI. El cuarto modo es, el *dia llegado* ó la *condicion cumplida.* Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem*, ó *sub conditione* (§. 213, 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como tambien se probó en el §. 245. Por consiguiente, si v. gr. el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos durante cinco años, ó sea tutor, si él no tuviere hijos; entónces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor, cesará la tutela, porque ya llegó el dia, ó se verificó la condicion.

§. CCLII. El quinto modo de acabarse la tutela son las *escusas;* y el sesto la *remocion del tutor sospechoso*, §. *últ. Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse

de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de este libro, y por eso nosotros seguiremos su método.

§. CCLXIII. Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase, ¿qué es lo que incumbe al tutor, concluída la tutela? Resp. Dar cuentas, y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma naturaleza de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona y secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas ajenas, está obligado á dar cuentas; luego tambien el tutor. Mas por Derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela, *L.* 9. §. 4. *ff. De tut. et rat. distrah.*, porque la administracion de las cosas no cesa ántes. Pero ¿qué sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entónces hai lugar á *la accion tutelæ*, que no se ha de confundir con las acciones *De suspectis tutoribus* y *De rationibus distrahendis*, pues se diferencian por el *tiempo* en que se deben instituir, y por el *fin* á que se dirigen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye *durante la tutela*, si el tutor no obra con fidelidad; la accion *tutelæ* se entabla *concluida la tutela, y no dadas aún las cuentas;* la accion *de distrahendis rationibus, dadas ya las cuentas*, pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor *sea removido;* el de la segunda, que *dé cuentas;* y el de la tercera, que las cuentas dadas por él *se examinen, y que si ha*

ocultado algo, restituya el doble. Por lo demas acerca de la accion *tutelæ* se debe observar, 1° que es *directa* ó *contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor ó sus herederos, para que se den las cuentas, y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor, despues de concluída la tutela, contra el pupilo, para que le indemnize, v. gr. si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya, etc.

Acerca de esta accion debe observarse, 2° que la accion directa infama, si el tutor fuere condenado por dolo ó culpa lata, *L.* 1. *ff. De his qui not. infam.*, porque cuanto mayor es la confianza que se deposita en el que se da por tutor al pupilo, tanto mas torpe es el dolo con que aquel engaña á este; y asi con razon se le marca con la nota de infame.

§. CCLXIV. [Las leyes de Partida admiten todos estos modos de acabarse la tutela; sin embargo parece que segun nuestras leyes, no debiera acabarse la tutela legítima por la adopcion del tutor, pues que no se estingue por ella el derecho de sucesion, ni establecen diferencia alguna entre agnados y cognados.]

TÍTULO XXIII.

DE LOS CURADORES.

§. CCLXV. Cuanto hasta aquí llevamos tratado, pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Los verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas vezes, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues *procurare* y *curare* es administrar negocios ajenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en Plauto, *Epidic. act.* 1. *scen.* 2. *v.* 27 :

Quod ad me attinuit, ego curavi quod mandasti mihi.

Mostell. *act.* 1. *scen.* 1. *v.* 24 :

Hæccine mandavit tibi, cum peregre hinc iit senex?
Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?

y en otros varios pasajes. Por lo cual Corn. van Bynkershoeck, *Obs.* 2, 20. advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L.* 1. *C. Si tut. vel. cur. inter.*

§. CCLXVI. De esta significacion de la palabra se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende *la facultad de administrar los bienes y hacienda de aquellos que por sí no pueden manejarlos*. Dícese, 1° *facultad*, no adquisitiva, cual es la del padre sobre los hijos, sino *directiva*, cual compete á todos los administradores de cosas ajenas. 2° *De administrar los bienes y hacienda*, porque así como el tutor defiende la persona del pupilo, y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquel que por su edad no puede defenderse á sí, *L.* 1. *ff. De tut.*, del mismo modo la curaduría es la potestad de administrar las *cosas* ó *bienes*. Finalmente 3° *de aquellos que por sí no pueden manejarlas*. Luego los curadores se dan á aquellos, que si bien son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad, furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes, etc. (1)

§. CCLXVII. Por esta definicion se conoce cuál es la diferencia que média entre un tutor y un curador. 1° El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas; y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.), porque un pupilo es como média persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púber es una persona plena y perfecta, y así no hai necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por cuanto un púber no siempre es padre de familia bueno y moderado, de aquí es que se le debe juntar un curador que zele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. Hé aquí la primer diferencia, acerca de la cual se deben examinar las leyes alegadas, y así mismo repetirse lo que arriba dijimos (§. 207.).

(1) « *Curatores* son llamados en latin aquellos que dan por « guardadores á los mayores de catorce años, é menores de « veinte y cinco años, seyendo en su acuerdo. É aún á los que « fuesen mayores, seyendo locos ó desmemoriados etc. » *L.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

2° El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo así, la persona, y suple el defecto de la impubertad, *L.* 32. §. 2. *ff. De adqu. vel. amitt. possess.*; pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberes, no se dice que interpone su autoridad, sino su *consentimiento.* Así es que en las Pandectas el *tit.* 8. *lib.* 26. tiene por inscripcion : *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum;* de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. 3° Al que tiene tutor, no se le puede dar otro tutor, v. gr. si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, pues entónces se nombra miéntras tanto un curador *ad litem,* porque el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (§. 254.), *L.* 27. *ff. De test. tut. L.* 21. §. *ult. ff. De excus. L.* 38. §. 8. *ff. De administ. tut. L.* 17. *ff. De tut. L.* 15. *De tut. dat.*

§. CCLXVIII. Examinemos ahora de cuántos modos es la curaduría. Arriba dividímos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (§. 208 y 209.) : hai tambien las mismas especies de la curaduría? Resp. De ninguna manera : hai, es cierto, *curaduría legítima*, que se defiere á los próximos agnados ó cognados; y la hai *dativa,* que se confiere por el magistrado. Pero *testamentaria* no puede haberla absolutamente (1), porque

(1) En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *L.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

1° la lei de las XII Tablas habia permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa* (§. 208.). Ulpian. *Fragm. tit.* 11. §. 14.; mas no acerca de la curaduría de su cosa. 2° Parecia un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para el tiempo, en que el mismo hijo podria hacer testamento. Al modo pues que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede instituir heredero al hijo para un tiempo, en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L.* 14. *ff. De vulg. et pupill. substit.*, así tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad; mas no curador despues de ella, porque entónces el mismo hijo hace testamento; por lo cual no puede llegar hasta este punto la prevision paterna. Por consecuencia la curaduría es *legítima* ó *dativa. Legítima* es la que compete por la lei á los próximos agnados y cognados; y es la de los *furiosos* ó *pródigos : dativa* la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores* ó *impedidos por enfermedad*, ó *ausentes;* en lo cual hemos querido ocuparnos aquí, aunque debiéramos dejarlo para el §. 273.

1° La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*, pues por la lei de las XII Tablas se prevenia que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y gentiles, *Cic. Quæs. tusc. lib.* 3. *c.* 11. Quiénes sean los agnados y quiénes los gentiles, no hai para qué repetirlo aquí, pues todo esto se ha esplicado arriba en el §. 220, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y genti-

les todos los del mismo nombre; por ejemplo todos los Cicerones eran agnados de Ciceron: todos los Tulios eran gentiles suyos: aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente al que se volvia loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenia hermano, el tio paterno; si tampoco habia tio paterno, otros mas remotos, del modo que esplicámos arriba, cuando hablámos de la tutela legítima (§. 220 y 221.), donde tambien hemos observado que hoi por la *Nov.* 118. *c.* 4. no hai diferencia entre agnados y cognados, y que por consiguiente todos son llamados á la tutela. Hai algunos que niegan que la tutela del furioso sea hoi legítima, fundándose en la *L.* 6. *y L.* 13. *ff. De curat. furios.*, en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados, no serán tutores legítimos. Pero la respuesta está en la misma *L.* 13., donde se añade, que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien legítima por Derecho nuevo esta curaduría, 1° porque viene de la lei de las XII Tablas, 2° porque compete á los mismos á quienes la lei concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por Derecho nuevo el magistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas vezes los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decian que estaba loco, y con este pretesto invadian sus bienes como curadores legítimos. De lo cual se ve un ejemplo mui gracioso en Plauto, *Menæch. act. V. scen. II. v.* 75. *y sigg.*, en donde una mujer y su padre tienen á Sósicles por loco, siendo así que estaba mui sano, y le mandan llevar al médico, para que le cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo médico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos; pero esto con conocimiento de causa, á saber, si le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría pretenden. Por lo demas notaré de paso, que de aquí tuvo orígen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles remittendus*, de que usaban para significar, que uno no estaba en su juício.

§. CCLXIX. 2° Sigue otra especie de curaduría legítima, á saber, la de los *pródigos*, los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mismo que los furiosos, porque tambien se decia de ellos que hacian un uso irracional de sus cosas, *L.* 12. §. 2. *ff. De tut. dat.* Por lo cual debe repetirse aquí lo que dijimos en el §. 268. Esta curaduría viene tambien de las XII Tablas, no porque en estas se hiciese mencion de ella, sino porque los jurisconsultos la hacian derivar de su testo por interpretacion estensiva, pues creían que para la economía ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose pues curador á los furiosos, por malgastar sus cosas, habia motivos para darse tambien á los pródigos, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma disposicion del Derecho.* Solo pues falta esplicar, quiénes son los pródigos. Debe

hacerse distincion entre pródigos en sentido jurídico y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término, y consumen así sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pródigo, porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este género, era mui de temer que no se hallasen curadores para tantos como los necesitan. Pero *jurídicamente pródigos* se llaman aquellos, á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo, daba un decreto, cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recep., sent. lib. 3. tit. 14. §. 7.*, que era esta: pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indigencia tus hijos, te prohibo su administracion y manejo: *Quando tu bona paterna avitaque nequitiâ tuâ disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi eâ re commercioque interdico.* Hecho esto, al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y gentiles.

§. CCLXX y CCLXXI. De las especies de *curaduría dativa*, la primera es la *curaduría de menores*. ¿Pues que acaso la lei de las XII Tablas habia mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera; y esto por dos razones: 1ª Porque en el tiempo en que se formaron las XII Tablas, era severa y recta la disciplina de los romanos, y tan honrados y morigerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual

empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. 2ª Porque en razon de que solo los locos y pródigos tenian curadores, la curaduría parecia en cierto modo ignominiosa; y por eso no querian los antiguos legisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, tratándoles como á los pródigos y locos. De esta ignominia, que segun acabamos de decir, era inherente á la curaduría, se hallan señales en la *L. 2. ff. Si à par. quis manum.*, donde se dice ser *cosa inicua que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas.* Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podian fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgó la lei *lætoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudolus* ó el Embustero, *act. 1. scen. 3. v. 68*, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exigia veinte y cinco años para poder manejar los bienes. Por esta lei 1º se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviese por mayores á los que pasasen de veinte y cinco, *L. 2. C. theod. De donat.* 2º Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio, *Plaut. Rud. act. 5. sc. 3. v. 25.*, *Prisciano, lib. 8. p. 794 y lib. 18. p. 1164.* 3º Tambien se estableció que á los menores de veinte y cinco años, que lo pidiesen (pues el hacerles tomar curador contra su vo-

luntad, se tenia por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo aún así no parecia haberse mirado bastante por los menores, porque (a) no á todos se daba curador, sino á los que le pedian; (b) no se daba curador sino con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino, 1° que todos los menores recibiesen curadores, 2° y que esto fuese ademas sin conocimiento de causa. Véase á *Jul. Capitol.* en la *vida de M. Antonino, c.* 10., cuyo pasaje interpretámos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrafo. Desde aquel tiempo pues todos los menores de edad tuvieron tutores.

§. CCLXXII. Mas aquí se ofrece una duda no pequeña, porque segun la constitucion del emperador Marco Antonino, todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano, §. 2. *Inst. h. t.* dice espresamente, que no le reciben los que no le quieren, sino los que le piden; lo cual tambien se halla en la *L.* 13. §. 2. *ff. De tut. et cur. dat. L.* 2. §. *pen. et ult. ff. Qui pet. tut. et cur.* Á esto respondo, que ambas cosas son compatibles: en efecto no se da curador sino á los menores que le piden y desean; pero M. Antonino inventó un buen medio para obligar á los jóvenes á que le pidiesen, porque ni reciben la administracion de sus bienes, ni la tutela se considera acabada hasta tanto que piden curadores, *L.* 1. §. *ult. ff. De minor. L.* 33. §. 1. *L.* 28. §. 1. *L.* 31. *ff. De admin. tut.* Si pues los jóvenes quieren librarse de estar bajo de tutela (lo cual

sin duda quieren todos), deben pedir curadores (1). De esta manera se da solo curador á los que le piden, y sin embargo se da á todos. Esto se debe tener mui presente, porque Revardo, *lib.* 1. *Var. c.* 12., Tomasio *in. annot. ad Inst.* y otros reprenden ásperamente á Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad: ¡como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el Derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! Cómo! ¿lo que hoi no ignora el mas estúpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano?

§. CCLXXIII y CCLXXIV. El §. 273 ya queda esplicado arriba en el 268. Resta solamente examinar, 1° quién nombra los curadores; 2° cómo acaba la curaduría; 3° qué accion se da contra los curadores acabada la curaduría; 4° qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador.

1° Todos los que nombran tutores, nombran tambien curadores. Así pues en la ciudad nombraban curadores el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes. Despues tambien otros magistrados recibieron por lei especial esta facultad, como dijimos en el §. 242. Tambien es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden ser nom-

(1) Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento; porque entónces será este confirmado por el juez, segun queda dicho en la nota anterior.

brados curadores; y por esto lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar tambien la curaduría? En el §. 18. *Instit. De excus. tut.* se dice que no puede; y la razon es, porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneracion no es correspondiente.

§. CCLXXV. II.° Á la pregunta de *cómo se acaba la curaduría?* se responde fácilmente. 1° Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría así que cesa la causa por que se da. Por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores, pues *cesando la causa, cesa el efecto.* 2° Por parte del curador se acaba la curaduría, (a) por escusa, v. gr. si el curador prueba que por estar ausente de la república, no puede atender á la curaduría; (b) por remocion, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

§. CCLXXVI. III°. No es ménos fácil comprender cuál es la *accion que compete contra el curador acabada ya la curaduría.* Le compete la *accion de tutela,* que esplicámos arriba en el §. 263, no la *directa,* sino la *útil.* Así como acabada la tutela pone el pupilo su accion contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L. 1. pr. seq. ff. De tut. et rat. distrah.;* de igual modo, concluída la curaduría, interpone el menor accion contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el contrario el curador contra el menor, cuyas cosas administró, para obtener la indemnizacion, *L. 3. C. De arbitr. tut.* Esto es fácil de entender: lo único que todavía merece nuestro exámen, es la razon por que esta accion se llama *útil,* cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo, se llama *directa?* Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas;* las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretacion, por cuanto no se derivan de las palabras sino de la *razon de la lei,* se llaman *útiles;* y finalmente las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum.* De esto hai un notable ejemplo en el §. *últ. Inst. De L. aquil.,* donde se esplica la accion de la lei aquilia *directa, útil* é *in factum.* Así que, como las leyes de la XII Tablas hicieron mencion de la *accion de tutela,* sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razon, debe haber la misma diposicion del Derecho;* y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela.*

§. CCLXXVII. IV°. Resta manifestar, *qué cosa sea actor.* Actor significa algunas vezes la persona que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta pa-

labra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador;* porque así como el que en juício ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador;* del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, §. *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hai grandísima diferencia: 1° el procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituído por el dueño, *L.* 1. *ff. De procur.:* es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos; el dueño nombra *procurador;* una universidad, *síndico;* y el tutor ó curador, *actor.* 2° El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño;* pero el actor *necesita de dos legitimaciones.* En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L.* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1° qué cosa sean fianzas, §. 279; 2° por qué las dan los tutores, §. 280; 3° quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4° cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

Afianzar á vezes se toma en sentido general, á vezes en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L.* 61. *ff. De V. S. L.* 49. *ff. De solut. Más especialmente* se entiende por fianza la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras vezes, *L.* 59. *ff. últ.* §. *mand.* Y en el sentido *especialísimo* fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L.* 1. *ff. Qui satisd. coguntur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*, y esto por dos razones: 1ª porque esta caucion es preto-

labra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador;* porque así como el que en juício ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da comision para ello á un *procurador;* del mismo modo el tutor ó el curador las da á un *actor*, §. *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque ¿qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hai grandísima diferencia: 1° el procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituído por el dueño, *L.* 1. *ff. De procur.:* es así que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos; el dueño nombra *procurador;* una universidad, *síndico;* y el tutor ó curador, *actor.* 2° El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño;* pero el actor *necesita de dos legitimaciones.* En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador, y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII. [Aunque una lei de Partida declara incapaz al marido para ejercer la curaduría de su mujer, la *L.* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Recop.* da facultad al marido, mayor de diez y ocho años, para administrar sus bienes y los de su mujer.]

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título, la *escusacion*, materia del siguiente, y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos 1° qué cosa sean fianzas, §. 279; 2° por qué las dan los tutores, §. 280; 3° quiénes las dan, §. 281 hasta el 283, y 4° cuáles sean los efectos de estas fianzas, §. 284 y 285.

Afianzar á vezes se toma en sentido general, á vezes en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L.* 61. *ff. De V. S. L.* 49. *ff. De solut. Más especialmente* se entiende por fianza la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras vezes, *L.* 59. *ff. últ.* §. *mand.* Y en el sentido *especialísimo* fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L.* 1. *ff. Qui satisd. coguntur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*, y esto por dos razones: 1ª porque esta caucion es preto-

ria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L.* 7. *ff. De præt. stip.*, que se debe tener mui presente. 2ª No puede saberse en cuánto podrá estar interesado el pupilo, es decir cuánto daño le haya de causar el tutor. Por lo mismo si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habrá mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoraticia. Por esto se necesitan fiadores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán á salvo.*

§. CCLXXX. De aquí se puede inferir, por qué causa se ha inventado esta fianza. 1° El tutor, aunque se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla general del Derecho, los que administran cosas ajenas, deben dar cuentas y afianzar; y así es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aún los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porque usan de cosas ajenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. 2° Á esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos, destituídos de todo ausilio, tengan asegurados sus intereses por la vigilancia de los magistrados: y esto no podria conseguirse, si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

§. CCLXXXI y CCLXXXII. No obstante, como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas, se trata aquí la tercera cuestion, á saber, *á quiénes incumbe ó no incumbe el darlas?* Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axioma general, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El axioma general es: *están obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores, en quienes recae alguna sospecha.* Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablámos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas: no apareciendo pues ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, esto es, cesando la causa, justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento, 1° de quién no afianza, y 2° de quién está obligado á afianzar.

1° No están obligados á afianzar, 1° los tutores testamentarios (1). Por qué? Porque parece que el padre

(1) En España nada se halla espresamente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero atendiendo á que la *L.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3. y la *L.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6., que imponen á los tutores esta obligacion, hablan solo de los legítimos, parece probable que los testamentarios, segun el espíritu de dichas leyes, están esentos de dar fianzas. Esto mismo confirma la partícula adversativa *pero*, con que empieza la segunda cláusula de dicha lei, que habla de la fianza. Véase á Greg. López en la *glos.* 5 de la misma *L.* 9, donde tambien aprueba las disposiciones del Derecho romano sobre el patrono y sus hi-

habrá examinado cuidadosamente las costumbres y fidelidad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L.* 7. §. 5. *C. De cur. furios.* No recayendo pues sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. 2° Los nombrados por magistrados mayores, como los pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porque estos magistrados mayores no pueden nombrar tutor, sino previa inquisicion. Si pues inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro que se halló que eran diligentes y dignos de confianza, *L.* 13. §. *últ. ff. De tut.*

jos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace á la madre y á la abuela, á quienes, faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por órden sucesivo, es decir, primero á la madre, y despues á la abuela, quieren Aso y de Manuel (*Inst. de Castilla, lib.* 1 *cap.* 3. *vers.* Como) que no están obligadas á dar fianzas, fundándose en la *L.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6. Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. López en la *glos.* 8. de dicha lei, y Gutiérrez *De tutel. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16, apoyados en que, sin embargo de que la citada *L.* 9. no requiere especialmente la fianza en la madre ni en la abuela, la requiere indistintamente en los tutores legítimos; y no hai duda que la madre y la abuela son tutoras legítimas, ó que por lo ménos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase á Gutiérrez en *dicho núm.* 16, donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (Sala, *Inst. rom. hisp. lib.* 1. *nota al pr. del tit.* 24.)

dat. Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos: luego segun nuestro axioma, no hai en este caso necesidad de caucion.

II° Por el contrario se conoce tambien fácilmente quiénes están obligados á afianzar, á saber, 1° todos los legítimos, *L.* 5. §. 1. *ff. De leg. tut.* Estos ni son elegidos por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la lei; no porque sean mas diligentes que los demas, sino porque son los parientes mas próximos. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, cuanto que son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla (§. 218 y sig.). Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. 2° Los nombrados por magistrados menores, porque estos no nombran tutores con inquisicion; y como de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo están obligados á afianzar. 3° Tambien lo están los testamentarios legítimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 1. *Inst. h. t.*, porque se presume que no se ofrecerian, si no deseasen lucrar: en los que desean ganar con los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. Hé aquí toda la doctrina, y su conexion con el principio arriba establecido. Pero aquí ocurre una duda: si hai muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó legítimos de un mismo grado (pues á todos estos dijimos arriba, en el §. 220, 3., llama la lei al mismo tiempo), *¿se ha de conceder á todos la administracion, ó*

á uno solo de ellos; y en este caso quién debe ser el preferido? Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo que á un mismo tiempo administren su hacienda muchos tutores, porque las mas vezes la administracion de muchos produce negligencia y confusion, *L.* 3. §. 6. *ff. De admin. tut.* Por eso se distingue si la tutela es de corta entidad, ó si es importante y se halla esparcida en diversos puntos: si *es de importancia ó se halla esparcida en diversos puntos*, entónces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hai, v. gr. en Holanda, otro de los que hai, por ejemplo, en Frisia, otro ponga á interes el dinero del pupilo etc. Mas si la tutela es *corta*, y no pasan de medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confía á uno solo de los muchos tutores nombrados, *L.* 3. §. 2. *ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Ántes que todos, á aquel que se ofrece, porque este queda obligado á prestar la culpa levísima, *L.* 53. §. 3. *ff. De furt.*; de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido el designado por el testador, por cuanto este hecho indica que ha formado un juício mui favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hai ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel, á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porque siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que dar la preferencia al elegido por mayoría de votos. Finalmente, si tampoco eligen los contutores, toca al

pretor interponer su oficio, y designar uno solo, el que juzgue mas apto; porque en esta materia se deja mucha latitud al oficio y arbitrio del magistrado, tanto que no siempre está obligado á seguir la voluntad del testador, ni á preferir necesariamente al que se ofreció espontáneamente, si médian las causas que alega Ulpiano en *d. L.* 3. §. 3. *De admin. tut.* y en la *L.* 17. §. 12. *ff. De test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que entre muchos tutores recibe solo la administracion, está, como dijimos, obligado á dar fianza á los demas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos; y esto, bien sea el tutor testamentario, bien legítimo ó dativo. Pudiera alguno objetar, que nadie, segun nuestro Derecho, puede estipular mas que para sí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.*, y aquí los contutores estipulan con el que toma la administracion, que el pupilo no recibirá daño en sus bienes, y por lo mismo no estipulan para sí, sino para otro, que es el pupilo; luego será inútil esta estipulacion. Se responde, que aquella regla es cierta, pero con esta escepcion; *á no ser que importe al estipulante*, §. 18. *Inst. eod.* (Véase adelante §. 835. 6. §. 866. 10.) Es así que en este caso importa muchísimo á los contutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo, porque si lo reciben, son ellos responsables, y se da contra ellos la accion de tutela, para que resarzan al pupilo todo el daño (§. 263); luego podrán estipular por este.

§. CCLXXXIII. Pero *de qué modo* afianzan los tutores? Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fia-

dores; luego se deben presentar fiadores. Ademas la fianza es una especie de estipulacion, pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo, esto no será *haber afianzado*, sino *haber prometido* (*constituisse*) (§. 873). Siendo pues la fianza una especie de estipulacion, uno debia necesariamente preguntar: ¿prometes bajo tu palabra que no sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tunc fide tuâ promittis rem pupillo salvam fore?* y el otro responder congruentemente: lo prometo bajo mi palabra: *fide meâ promitto* (§. 829). Sobre quién habia de responder congruentemente, no cabe ninguna duda; debia ser el fiador: la dificultad estaba en saber, quién habia de preguntar. Si podia hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podia preguntar, porque bien podia sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion (§. 251). Pero y si no podia hablar? si aún era infante? Parece que entónces ni el tutor podia preguntar, porque ántes de presentar fianzas aún no era tutor; ni el magistrado, ni los agnados, pues nadie podia estipular para otro, §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Cómo pues se componia esto? Decian los antiguos, 1° que en lugar del pupilo debia preguntar un siervo, porque el siervo con su estipulacion adquiere para su señor, y su estipulacion no vale sino por la persona del señor (§. 848). 2° Que si no tenia siervo, se le comprase. 3° Que si tampoco esto podia hacerse, entónces debia preguntar un siervo público, *L.* 2. *ff. Rem pup. salv. fore.* Porque es de saber que habia siervos

públicos de varios géneros: unos eran ministros, que estaban siempre al lado del magistrado (*apparitores*), otros lictores, otros *viatores*, es decir, mensajeros para convocar ó llevar órdenes, otros *tabeliones* ó escribanos. Á estos últimos incumbia principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito jurisconsulto Amaya, *Comment. ad C. lib.* 16. *tit.* 69. *L.* 3. Pero ¿cómo es, se dirá, que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. De inutil. stipul.* Á esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Gotofredo, *Comment. ad R. J. p.* 332. Véase la *L.* 3. *ff. De præt. stip.* y la *L.* 1. §. 4. *ff. Ut legat.*

§. CCLXXXIV y CCLXXXV. Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluída la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas que se le han defraudado. Porque 1° instituye la *accion de tutela* contra los tutores para que den cuentas y restituyan lo restante; de cuya accion hablámos arriba (§. 263.) 2° Si con esta accion no recobra de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los

fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huídos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. De fidejuss. et nominat.* Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. De magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluída la tutela no puede recobrar su cosa, ni del tutor, ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos, ántes de entablar su accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas (pero no contra el colegio ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras vezes, y no se debe esperar de ella mucha utilidad, porque 1° siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario; y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2° El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L. 1. §. 13. ff. De mag. convent.* 3° Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertacion de Tomasio, *De exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit* (1).

§. CCLXXXVI. [Segun el Derecho español, el tutor, ademas de afianzar, está obligado á jurar el fiel y exacto desempeño de su encargo, y á hacer inventario.]

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII y CCLXXXVIII. Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1° por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen. 2° Cuál es el significado *jurídico* de *escusar*. 3° Cuántas especies hai de escusas.

1°. Á los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§. 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos habia que estaban *esentos*, v. gr. los *militares;* otros tenian *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados;

(1) Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes: *L.* 23 *y* 26. *tit.* 13. *Part.* 5. *L.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6. y *L.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3.

fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huídos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. De fidejuss. et nominat.* Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. De magistr. convent.* Esta accion pues se da al pupilo, que concluída la tutela no puede recobrar su cosa, ni del tutor, ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos, ántes de entablar su accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas (pero no contra el colegio ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras vezes, y no se debe esperar de ella mucha utilidad, porque 1° siempre milita en favor del magistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario; y esta prueba por lo comun es bastante difícil. 2° El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L. 1. §. 13. ff. De mag. convent.* 3° Generalmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertacion de Tomasio, *De exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam fecit* (1).

§. CCLXXXVI. [Segun el Derecho español, el tutor, ademas de afianzar, está obligado á jurar el fiel y exacto desempeño de su encargo, y á hacer inventario.]

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII y CCLXXXVIII. Ademas de las fianzas, tambien las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1° por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen. 2° Cuál es el significado *jurídico* de *escusar*. 3° Cuántas especies hai de escusas.

1°. Á los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§. 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos habia que estaban *esentos*, v. gr. los *militares;* otros tenian *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados;

(1) Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes: *L.* 23 *y* 26. *tit.* 13. *Part.* 5. *L.* 21. *tit.* 16. *Part.* 6. y *L.* 94. *tit.* 18. *Part.* 3.

y otros *se escusaban*, si les asistia una justa causa, por ejemplo, el número de los hijos. Por eso en el libro primero de las Pandectas, donde se trata espresamente la materia de cargas públicas, aparecen los títulos *De immunitate* y *De vacatione et excusatione munerum*. Así pues, al modo que de las demas cargas públicas escusaban justas causas, así tambien parecia conforme á equidad que las mismas escusasen de la tutela.

IIº. Obsérvese que la palabra *escusar* significa una cosa para los gramáticos, y otra para los jurisconsultos. Entre gramáticos *escusar* se dice por la causa, y por eso significa tanto como *alegar una causa, por la cual no está uno obligado á sufrir una carga*. Mas para los jurisconsultos, escusar es *eximir ó no admitir á alguno por una causa grave*. Así, por ejemplo, en la *L.* 1. §. 3. *ff. De postul.* dice Ulpiano: *initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit:* donde seguramente *escusar* es lo mismo que *prohibir*, pues el pretor no admitiria á niños ni á sordos, aunque quisiesen demandar, y sin embargo dice que los escusa. En el mismo sentido se dice en la *L.* 2. *ff. De decurion.* que los muchachos *están por cierto tiempo escusados*, es decir, impedidos *de ser decuriones;* y aunque aquí piensa ingeniosamente Cujacio, *Observ. lib.* XXVI. 38, que se debe leer *excuriantur*, no hai necesidad de enmendar el testo, que presenta un sentido bastante cabal. Luego entre los jurisconsultos escusar significa alegar causas y prohibir; significacion tan singular, que Teófilo y los demas jurisconsultos griegos, viendo que en su idioma no habia ninguna palabra que significase esto, se determinaron á conservar la latina, y fingieron una palabra griega que espresase la misma idea. Sobre este punto ha hecho algunas observaciones importantes Bynkershoeck. *Observ.* IV. 20.

IIIº. Ahora ya podemos fácilmente conocer de *cuántas especies* son las escusas de los tutores y curadores. Divídense 1º en *voluntarias, que, si se oponen, aprovechan*, v. gr. el número de hijos; pues si se alega esta causa, escusa; pero si no se alega, queda obligado á tomar la tutela el padre que tenga muchos hijos. 2º *Necesarias, que aún cuando no se opongan ó aleguen, impiden tomar la tutela*, v. gr. un pleito con el pupilo; pues si consta que média esta circustancia, el pretor no admitirá por tutor al que la tenga, aún cuando este quiera recibir la tutela. De las escusas *voluntarias* se trata desde el §. 289 hasta el 294; de las *necesarias* en el §. 295, y de la alegacion de unas y otras desde el §. 296 hasta el fin del título.

§. CCLXXXIX. Las *causas voluntarias de escusar* son de tres clases, pues ó se admiten 1º por privilegio, §. 289 hasta 292, ó 2º por impotencia, §. 293, ó 3º por peligro de la reputacion, §. 294.

Iº. Por *privilegio* se escusan 1º los padres de muchos hijos (1). En Roma escusaban tres, en Italia cua-

(1) En España el que tiene cinco hijos vivos, se escusa de la tutela, y lo mismo sucede, si se le hubiesen muerto en batalla

tro, y en las provincias cinco, con tal que fuesen *naturales*, no adoptivos; *legítimos*, no espurios; *nacidos*, no por nacer; *vivos* ó *muertos en la guerra*, no fallecidos. Todo esto se dice en el *pr. Inst. h. t.* Pero de dónde viene este privilegio? Harprechto, que ilustró las Instituciones con un comentario de cuatro tomos, al *pr. Inst. h. t.* dice, que esta cuestion es del número de aquellas que no pueden resolverse. Brava salida! Este privilegio viene de la *lei julia y papia-popea*, dada el año 772 de la fundacion de Roma, en tiempo de Augusto, por los cónsules sustituídos (*suffecti*) M. Papio Mutilo y Q. Popeo Segundo, *Dion. Cas. lib.* 16. *p.* 662. Porque se ha de observar que los romanos no se ligaban fácilmente, como las demas naciones, al matrimonio; ántes lo repugnaban muchísimo, lo mismo que la procreacion de hijos. Y eran tres las causas principales; (a) el deseo de la vida disipada y licenciosa; (b) el lujo de las mujeres romanas, á las cuales apénas podian los maridos sostener con bastante esplendidez; y (c) el honor de la orfandad, pues á los que no tenian mujeres ni hijos, todos los reverenciaban, honraban y regalaban, porque cada uno de ellos esperaba ser su

ó en servicio de Dios y del rei, *L.* 2. *tit.* 17. *Part.* 6. Ademas de esto, el que tiene vivos seis hijos varones, queda libre de otras cargas públicas, y esto aún cuando alguno de ellos muriese despues, *L.* 7. *tit.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; por cuya lei se concede el mismo privilegio á todos los recien casados dentro de los primeros cuatro años de su casamiento; y en los primeros dos años de él están inmunes de todas las contribuciones públicas por dicha *L.* 7.

heredero. Sobre este punto hai un elegante y estenso pasaje de Plauto, en el *Milit. glor. act.* 3, *scen.* 1, *v.* 92 *y sigg.*, donde el viejo Periplectómenes, preguntado por qué no se casaba, responde:

Verum egone eam ducam domum?
Quæ mihi nunquam hoc dicat: eme, mi vir, lanam, unde tibi pallium,
Malacum et calidum conficiatur, tunicæque hybernæ, bonæ,
Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore audias,
Verum priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,
Dicat: da mihi, vir, calendis meam quod matrem juverit,
Da qui farciat, da qui condiat, da quod dem quinquatribus,
Præcantatrici, conjectrici, hariolæ, atque aruspicæ;
Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit.
Tum piatricem clementer, non potest, quin munerem;
Jam pridem quia nihil abstulerit, succenset ceraria.
Tum obstetrix expostulavit mecum, parum missum sibi:
Quid? nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit?
Hæc atque hujus similia alia damna multa mulierum
Me uxore prohibent, mihi quæ hujus similes sermones serat.

Aquí se ve el desmedido gasto que dice Periplectómenes le arredraba de casarse, por no verse precisado á sostener en casa una reina de esta especie. Pero poco despues, *v.* 111, añade tambien otra causa:

Quando habeo multos cognatos, quid opus sit mihi liberis?
Nunc bene vivo et fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.
Mea bona meâ morte cognatis dicam, inter eos partiam;

Illi apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,
Priusquam lucet, assunt; rogitant, noctu ut somnum ceperim:
Eos pro liberis habeo, quin mihi mittunt munera.
Sacrificant? Dant inde partem mihi majorem quam sibi.
Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cœnam vocant,
Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi.
Illi inter se certant donis: ego hæc mecum mussito:
Bona mea inhiant, certatim dona mittunt et munera.

Por esto se ve ve con cuánto esmero honraban y lisonjeaban los busca-herencias (*heredipetæ*) á los huérfanos y celibatos: lo cual arredraba á muchos de casarse. Advirtiendo pues Augusto que el número de los ciudadanos iba disminuyendo de dia en dia por esta propension al celibato, promulgó aquella lei, por la que contuvo con varias penas la orfandad y el celibato, mandando, por ejemplo, que los célibes no pudiesen adquirir nada por testamento, y los huérfanos solamente la mitad; y concedió á los cónyuges y á los padres varios privilegios, de los cuales fué uno que los que tuvieran tres hijos en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, estuviesen esentos de todas las cargas públicas, y por tanto tambien de la tutela. La historia, y cada uno de los capítulos de esta célebre lei, los espliqué prolijamente en mi *Comment. ad legem juliam et pap. popp.*, donde tambien traté de este privilegio en el *lib. 2. cap. 8. p. 206 y sig.*

§. CCXC. *Por privilegio* se escusan 1° los que ad-

ministran rentas del fisco, ó el patrimonio del príncipe, ó los tributos y alcabalas, etc. Para que esto se entienda bien, debe observarse que antiguamente habia tres clases de bienes públicos, como todavía sucede en los gobiernos monárquicos: 1° el *erario*, al cual pertenecian todas las cosas que estaban en el dominio de la república, y las que se recogian para su conservacion, como contribuciones, alcabalas, etc. 2° El *fisco*, que era del príncipe por razon de su cargo, y le estaba señalado por la república para sostener su palacio; y á el pertenecian los bienes mostrencos, vacantes y de abintestato. 3° El *patrimonio del príncipe*, que este poseia como particular, v. gr. sus bienes hereditarios, ó los que compraba de su bolsillo. Cualquiera pues que administra el erario, el fisco ó el patrimonio del príncipe, goza del privilegio de estar escusado de la tutela. Suele aquí preguntarse, si esta causa es voluntaria ó necesaria? Unos creen que sea necesaria, por cuanto los bienes de estos administradores están empeñados para la república, el fisco ó el príncipe, de suerte que no puede competir al pupilo hipoteca tácita en dichos bienes, y por consiguiente, dicen, aún cuando quisieran recibir la tutela, no podrian ser admitidos. Pero aunque hoi tiene fuerza esta razon, antiguamente entre los romanos, esto fué un mero privilegio, una mera escusa voluntaria, porque (a) en el §. 1. *Inst. h. t.* se dice que *pueden escusarse*, que es decir, si quieren; y (b) entre los romanos no habia necesidad de aquella tácita hipoteca, puesto que el tutor estaba obligado á dar fian-

zas, y con estas fianzas quedaba bastante seguro el pupilo.

§. CCXCI. Tambien se concedia este privilegio 3° á los *ausentes por causa de la república;* por ejemplo, á los embajadores del pueblo romano, los magistrados provinciales, los militares. Pero aquí se debe distinguir entre la tutela ya recibida, y la por recibir. De la tutela por recibir se escusan enteramente, no solo miéntras están ausentes, sino tambien por espacio de un año despues que han vuelto, que se llama *año de vacacion*, Pero de la tutela ya recibida solo se escusan miéntras están ausentes, y entretanto se nombra un curador en su lugar; pero cuando regresan, vuelven á encargarse de la tutela, á no ser que estén ausentes en ultramar, que entónces deponen la tutela ya recibida. Así se propone esta doctrina en el §. 2. *Inst. h. t. L.* 10. *pr. et* §. 2. *ff. eod. L.* 11. §. 2. *L.* 12. §. 1. *ff. De minor.* Empero *cesa* este privilegio, 1° si concluída su comision están ausentes mas de lo preciso: v. gr. si por gozar y distraerse, andan recorriendo varios países: 2° si con pretesto de estar ausentes por negocios de la república, lo están en realidad por comodidad suya. Porque solian los romanos que tenian asuntos en alguna provincia, pretender una *libre embajada*, y entónces partian con un aparato ó carácter de embajadores, aunque realmente iban por su propia utilidad. Y se revestian de este carácter de embajadores ó legados solo para que los recibiesen con veneracion en todas partes, como á embajadores del pueblo romano, segun se ve en Ciceron,

Epist. famil., lib. XI. ep. 1. *lib. XII. ep.* 21. *y ad Attic. lib. II. ep.* 4. Que semejantes personas no gozaban de este privilegio, resulta de la *L.* 1. §. 1. *ff. h. t. L.* 5. *ff. Ex quibus causis maj.* 25. *annis in integr. rest. L.* 6. *ff.* §. 36. *h. t.*

§. CCXCII. 1° Se escusan ademas por este privilegio 4° los *magistrados*, pero no todos, sino *los que lo son con autoridad civil;* esto es, segun la interpretacion de *Aulo Gel. Noct. attic. l. XIII.* 13., los que tienen derecho de prender, como los cónsules, pretores, censores, dictadores, prefectos de la ciudad y del pretorio; mas no los ediles, *L.* 17. §. 4. *ff. h. t.* y mucho ménos los cuestores y demas inferiores á estos, cuya enumeracion se hace en la *L.* 2. §. 29. *sig. ff. De or. jur.* Pero con el tiempo parece que á los magistrados menores se les concedió tambien este privilegio, pues que el duunvirato de los municipios fué escusa en tiempo de Modestino, que vivió en el reinado de Alejandro Severo, *L.* 15. §. 3. *ff. h. t. L.* 6. §. 16. *ff. eod.* Se escusan 5° los literatos, retóricos, sofistas, médicos, jurisconsultos; pero no todos, ni siempre, sino tansolo (a) si son profesores; (b) si son de número, esto es, ordinarios; (c) si enseñan en su patria; (d) si son laboriosos, *L.* 6. §. 6. *sig. h. t. L.* 6. *C. De prof. et med.* (1)

(1) Por las leyes españolas los doctores en leyes no están escusados de la tutela, como no sean jueces ó consejeros del rei, *L.* 13. *tit.* 17. *Part.* 6.; de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros, de quienes habla dicha *L.* 3., y Gregor. López en su *glos.* 6. á ella. Y esto puede con-

Pero acerca de estos cinco privilegios, se debe notar la regla general de que *un privilegiado no usa del privilegio contra otro igualmente privilegiado.* Así pues se escusará sin duda un militar, un catedrático, un administrador del fisco; pero si el pupilo es hijo de militar, no se escusará el militar; si es hijo de catedrático, no se escusará el catedrático: como tampoco se escusará el administrador, si es hijo de otro adminstrador el pupilo. Véase la *L.* 17. §. 17. *ff. h. t.*

§. CCXCIII. II° *Por impotencia* se escusan todos los que parecen ménos idóneos para desempeñar la tutela, si por otra parte son hombres de honradez; porque de

sistir en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas en otras cosas gozan de muchos privilegios, como puede verse en la *L.* 8. *tit. fin. de la Part.* 2. Los gramáticos, retóricos y médicos se escusan, aunque no enseñen ni ejerzan su profesion en el reino, con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rei, *d. L.* 3. La *L.* 12. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Recop.* revoca y anula todas las cartas reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas esenciones son perjudiciales al servicio del rei y al bien comun. Y no podemos asentir á lo que sientan Aso y de Manuel (*Inst. de Cast. lib.* 1 *tit.* 4. *cap.* 1. §. 2. *vers. Se escusan*) diciendo que la citada *L.* 12. quitó á los plebeyos las escusas aprobadas en la *L.* 2. *tit.* 17. *Part.* 6.; esto es, las que provienen de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia y edad mayor de setenta años; y nos fundamos en que dicha *L.* 12. espresamente aprueba estas escusas y las demas concedidas en *nuestras leyes,* donde dice: « No aquellos que los derechos y leyes de nues« tros reinos escusan de tales cargos y oficios. » (Sala, *Inst. rom. hispan. lib.* 1. *tit.* 25. *not. al* §. 15.)

otra manera la escusa fuera necesaria, y aunque quisieran, no serian admitidos. Las causas son 1ª *tener á su cargo tres tutelas.* Pero aquí debe observarse (a) que se computan todas las tutelas de una casa, de suerte que si, por ejemplo, el padre desempeña una tutela, y cada uno de sus hijos la suya, esto escusará. (b) Que las tutelas no tanto se deben contar, como pesarse; y así, una sola que haya demasiado estensa, será bastante á escusar, al paso que no lo serán tres, siendo mui fáciles. (c) Que las tutelas no se cuentan segun el número de los pupilos, sino segun el número de las cuentas que hai que dar. Por consiguiente, si uno tiene á su cargo la tutela de cuatro hermanos, se considera que no tiene á su cargo mas que una, §. 5. *Institut. L.* 31. §. 4. *ff. h. t.* (d) Que no hai lugar á esta escusa, si los pupilos están próximos á la pubertad, v. gr. si solo restan seis meses para acabarse la tutela, *L.* 17. *pr. h. t.* (e) Que no escusan las tutelas honorarias, esto es, que no tienen anejo á sí ningun cargo de administracion, *L.* 13. §. 9. *ff. h. t.* De todo esto se puede colegir que se deja mucho sobre este punto al arbitrio del magistrado. Escusa ademas 3° la *pobreza;* pero tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no que le quedase el tiempo necesario para proporcionarse lo indispensable á su subsistencia, §. 5. *Inst. h. t.* Antiguamente esta causa de escusa era voluntaria; pero hoi sin duda es necesaria, pues no acostumbrándose confiar temerariamente la tutela sino al que posee bienes inmuebles, se deja conocer

que los pobres no serian hoi admitidos, aunque estuviesen prontos á encargarse de la tutela. Escusa por la misma impotencia 3° *el padecer enfermedad*, con tal que esta no sea de poca consideracion, v. gr. una fiebre lijera, ó un dolor de cabeza; sino habitual, y que postre en cama al hombre, de suerte que ni aún pueda cuidar de sus asuntos, y mucho ménos de los ajenos, §. 7. *Inst. h. t.* Notaremos de paso que los antiguos llamaron *sóntica* esta clase de enfermedad, *Gell. lib. XVI. c. 4. lib. XX. c. 10. lib. II.* §. 3. *ff. Si quis caut. in judic.* Se escusan 4° por impotencia los *idiotas*, por los cuales no se entiende aquí á los que no tienen instruccion, sino á los que no saben leer ni escribir, porque estos no pueden formar las cuentas. Sin embargo se les admite, (a) si la tutela no es de grande importancia, y ellos son prudentes, *L. 6.* §. *últ. ff. h. t.*; (b) si pueden dar las cuentas por tarjas ó por otro método sencillo. Tambien se escusan por impotencia 5° los *septuagenarios*, porque esta edad dispensaba tambien de otras cargas públicas; pero se requieren rigurosamente los setenta años, de suerte que faltando para esta edad un solo dia, ya no hai lugar á esta escusa, *L. 2. pr. ff. h. t.*

§. CCXCIV. Finalmente por *enemistad* con el padre del pupilo se escusan aquellos que la alegan, §. 9 *y* 11. *Inst. h. t.* Esto pudiera parecer que repugna á la piedad cristiana, pues que en este caso las leyes son indulgentes con hombres, á quienes ni aún aplaca la muerte de su enemigo. Pero Vinio nota mui bien en

este §. 9. que no es este el sentido del Derecho, sino que si se les concede este privilegio, es por no ofender su reputacion: pues si se les obligase á tomar la tutela, fácilmente se suscitaria contra ellos la sospecha de que administrándola se portarian sin pureza ni honradez. Pues para que puedan evitar esta siniestra opinion, y defender la reputacion de que gozan, los escusa la lei, si ellos quieren.

§. CCXCV. Hemos visto las causas voluntarias de escusarse, que libran del cargo de la tutela siempre que se aleguen: siguen las *necesarias* (§. 288), que aunque no se opongan, impiden tomar la tutela. Lo que hace á los hombres ineptos para desempeñar los negocios ajenos, es causa para que no sean admitidos en la tutela. Tal es 1° el estar *furiosos, dementes, sordos* ó *ciegos*. Porque aunque todos estos, siendo nombrados en testamento, no sean removidos de la tutela, sino que entretanto se dé otro tutor, hasta que cese el impedimento, y aunque esto suceda tambien 2° con los *menores* nombrados en testamento (§. 213); sin embargo no son admitidos á la administracion de la tutela, miéntras están furiosos, dementes, sordos, ciegos, ó son menores de edad; los cuales no pueden ser tutores por estar ellos mismos sujetos á la direccion de otros, es decir, bajo curaduría. 3° Otra escusa del mismo género da la *milicia*, pues los militares, aunque quisieran, no pueden ser tutores, porque no se distraigan de sus banderas con esta clase de negocios, *L. 4. C. Qui dar. tut.* Con todo los militares no se escusan de la tu-

tela de los hijos de sus camaradas, por no haber otros á la mano que puedan ser nombrados tutores de tales hijos. Escusa 4° el *tener pleito con el pupilo*, §. 4. *Inst. h. t.*, no solo presente, sino tambien futuro ó próximo, *Nov.* 72. *cap.* 1, 2, 4.; de manera que si el nombrado tutor disimulare tener pleito de esta clase, y recibiere la tutela, puede despues ser removido como sospechoso. Escusa 5° el *sacerdocio* y el *monacato*, *Nov.* 123, tanto que ni aún queriendo, son admitidos, a escepcion de los presbíteros y diáconos (no los obispos), que lo son á la tutela legítima. Se estableció así, para que los sacerdotes no se distrajesen con estos encargos del culto divino y estudios sagrados, ni los monjes de sus oraciones y demas ejercicios monásticos. Pero en el dia son tambien admitidos los sacerdotes entre los protestantes, siempre que quieran recibir la tutela; y aún están obligados á ser tutores, si se les encarga la tutela de los hijos de un colega ó clérigo, con tal que posean bienes raizes, ó den fianzas. Se escusa tambien 6° *el marido de la curaduría de su mujer menor de edad*, *L.* 2. *C. Qui dari tut. L.* 44. *C. De cur. furios.*; porque habia peligro de que el marido interpusiese muchas vezes su autoridad en una cosa suya, y de que con halagos persuadiese á su mujer muchas cosas que pudieran causarle perjuicio.

§. CCXCVI. Todas las causas de que hasta aquí hemos hecho mencion, son comunes á la tutela y á la curaduría, puesto que de ambas se puede cualquiera escusar por ellas. Pero en especial pertenece á la curaduría el haber uno sido ántes tutor de un pupilo, pues entónces no está obligado á ser curador hasta la mayor edad, porque no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos, *L.* 5. *C. h. t.* (1) No obstante hai aquí una escepcion, y es en el liberto, el cual nombrado tutor por el patrono, está obligado á encargarse tambien de la tutela, *L.* 5. *C. h. t.*; porque era tanto el afecto y veneracion que los antiguos exigian de un liberto, que creían que ninguna carga podia este recibir bastante pesada en reconocimiento á la libertad que debia á su patrono, como que era una cosa inestimable.

§. CCXCVII y CCXCVIII. Hasta aquí hemos hablado de las causas de escusarse; resta ahora ver el *modo* con que se suelen proponer, acerca de lo cual debe observarse, 1° que ántes que se opongan, son tutores los nombrados, y por tanto desde aquel dia hasta el tiempo de la sentencia, á no ser absueltos, son responsables del pupilo y de sus cosas, *L.* 31. *ff. h. t. L. 1. C. Si tut. vel. cur. fals. all.* Porque no pudiendo preverse si las escusas alegadas serán ó no atendibles, está puesto en razon que miéntras tanto sean reputados por tutores, hasta que aparezca si sus causas son apro-

(1) En España, en consideracion á ser mui gravoso el cargo de la tutela, concede á los tutores la *L.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del. Fuero real* la décima parte de los frutos ó réditos procedentes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en su obra *De decima tutori hispano jure præstanda*, y á Juan Gutierrez, *De tutel. Part.* 3.

badas ó desechadas por sentencia. Si pues es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el tutor nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de otro le ocasione daños y perjuícios; esponiendo las causas que tiene para escusarse, y añadiendo la protesta de que si se encarga de la administracion, no es con ánimo de sufrir la tutela, sino con la intencion de hacer valer sus escusas. 2° Observamos que las escusas se oponen como escepciones. De manera que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas, despues de la litis-contestacion, *L.* 5. *L.* 8. *De excep.*; así tambien todas las causas de escusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo, *L.* 13. §. 8. *h. t.* 3° Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda exponer en Roma estas causas, §. 16. *Inst. h. t.* 4° Observamos por último, que el tutor que piensa escusarse, no debe apelar al juez superior, sino oponer al instante sus causas ante el mismo magistrado que le nombró, §. 16. *Inst. L.* 1. §. 2. *ff. h. t.*; y esto es mui justo, porque 1° no hai lugar á apelacion ántes que se reciba gravámen, y no lo causa el magistrado cuando confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse; y 2° siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desechare nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas, respecto de las cuales los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion, *L.* 1. §. 2. *ff. Quando ad apell.*

§. CCXCIX. [El artículo 15 del decreto de 17 de febrero de 1834 derogó la escusa que competia al que tuviera doce ó mas yeguas de vientre, con arreglo á la *L.* 3. *tít.* 29. *lib.* 7. *Nov. Rec. n°* 4.]

TITULO XXVI.

DE LA REMOCION DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

§. CCC. Este último título tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las escusas (§. 262.). Á este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *el crímen del tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos esplicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que *la accion suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien ántes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela; *la accion tutelæ* solamente acabada ya la tu-

badas ó desechadas por sentencia. Si pues es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el tutor nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de otro le ocasione daños y perjuícios; esponiendo las causas que tiene para escusarse, y añadiendo la protesta de que si se encarga de la administracion, no es con ánimo de sufrir la tutela, sino con la intencion de hacer valer sus escusas. 2° Observamos que las escusas se oponen como escepciones. De manera que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas, despues de la litis-contestacion, *L.* 5. *L.* 8. *De excep.*; así tambien todas las causas de escusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo, *L.* 13. §. 8. *h. t.* 3° Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda exponer en Roma estas causas, §. 16. *Inst. h. t.* 4° Observamos por último, que el tutor que piensa escusarse, no debe apelar al juez superior, sino oponer al instante sus causas ante el mismo magistrado que le nombró, §. 16. *Inst. L.* 1. §. 2. *ff. h. t.*; y esto es mui justo, porque 1° no hai lugar á apelacion ántes que se reciba gravámen, y no lo causa el magistrado cuando confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse; y 2° siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desechare nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas, respecto de las cuales los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion, *L.* 1. §. 2. *ff. Quando ad apell.*

§. CCXCIX. [El artículo 15 del decreto de 17 de febrero de 1834 derogó la escusa que competia al que tuviera doce ó mas yeguas de vientre, con arreglo á la *L.* 3. *tít.* 29. *lib.* 7. *Nov. Rec. n°* 4.]

TITULO XXVI.

DE LA REMOCION DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

§. CCC. Este último título tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las escusas (§. 262.). Á este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *el crímen del tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos esplicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que *la accion suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien ántes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela; *la accion tutelæ* solamente acabada ya la tu-

tela, y no dadas aún las cuentas; *la accion de distrahendis rationibus*, dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando pues de la primera accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, 1° qué cosa sea tutor sospechoso y crímen de sospechoso, §. 301. sig.; 2° quiénes entablan esta accion, §. 303. sig.; 3° contra quiénes puede entablarse, §. 305; 4° para qué se entabla, §. 306, 307.; y 5° cómo cesa esta accion, §. 308.

§. CCCI y CCCII. 1° Se pregunta, qué tutores se llaman sospechosos? qué es crímen de sospechoso? *Sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con qué pagar, ya no tengan, §. 5. *Inst. h. t.* Porque al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sugeto es hombre de bien y diligente, así tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un tutor rico no es sospechoso, porque aún cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirlos fácilmente. Pero los jurisconsultos raciocinan de otro modo, á saber, *que es mas útil conservar desde el principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño*, segun se dice acertadamente en la *L. ult. C. In quibus causs. rest. in integr. non est neg.* De aquí es fácil inferir, qué cosa sea *crímen de sospechoso:* es la acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para que sea removido, y á vezes para que se le imponga una pena estraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor, que se considere debe ser castigado con pena *corporis afflictiva*, ó con el último suplicio, v. gr. *si armare asechanzas á la vida del pupilo;* de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb. c.* 9. Esta acusacion de los tutores sospechosos se deriva de las leyes de las XII Tablas, *L.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Justinian. *pr. Inst. h. t.* Véase á *Jac. Gotofred. Tab. VII.*, quien cree que la lei decenviral estaba concebida en estos términos: *si tutor dolo malo gerat, vituperato; quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito;* de cuya primera parte dice se deriva el crímen de sospechoso, así como de la segunda la accion *de distrahendis rationibus.*

§. CCCIII y CCCIV. 2° Ahora ya responderemos fácilmente á la otra pregunta de, quién es el que puede acusar al tutor sospechoso? Siendo esta acusacion cuasi pública, segun hemos visto en la definicion, deberá ser permitido á cualquiera entablar la acusacion de que se trata, pues no se dice cuasi pública en la *L.* 1. §. 6. *ff. h. t.*, porque se trate aquí del órden y disciplina pública (puesto que la malicia de un tutor, no tanto daña á la seguridad pública, como á la hacienda del pupilo, y por lo mismo pertenece á las causas privadas), ni tampoco tiene este nombre, porque con motivo del crímen de sospechoso se instituya un juício público y criminal (puesto que dicha acusacion se entabla ante el pretor, el cual no gozaba de mero imperio, sino sola-

mente de jurisdiccion civil); si se la llama cuasi pública, es porque cualquiera del pueblo, aunque parezca no importarle, podia mui bien instituir esta acusacion, §. 3. *Inst. h. t.* Y por eso no se dice que sea verdaderamente pública, sino *cuasi pública*, así como en nuestro Derecho hai *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesiones*, *cuasi tradiciones*; locuciones que, segun manifestámos en nuestros *Elementos* (nota al §. 303.), vienen todas de los estoicos, que usaban con frecuencia de la partícula *quasi*. Por consiguiente pueden acusar al tutor sospechoso todos, aún aquellos que no tienen interes inmediato, por considerarse que importa á la república que los bienes del pupilo no sean perjudicados; y tambien pueden acusar las mujeres, aunque generalmente no puedan demandar por otros, ni acusar, segun la *L.* 2. *ff. De R. J.*, y la *L.* 1. *L.* 2. *De accus.* Pero el favor del pupilo deroga esta regla, con tal que la mujer acusadora no traspase el pudor del sexo, §. 8. *Inst. h. t.* Y debe observarse, que ciertas personas están obligadas á acusar á los tutores sospechosos, tanto, que si no lo hacen, se las considera dignas de castigo. Tales son los *contutores*, los cuales, si no acusan al tutor que administra mal, sufren todo el daño, *L.* 3. *pr. h. t.*; los *libertos*, á quienes la veneracion á su patrono debia escitar á que no permitiesen que el tutor se enriqueciera á costa de los bienes de los hijos del patrono, *L.* 3. §. 1. *eod.*; y las personas allegadas, especialmente la *madre*. Sin embargo no puede acusar el mismo pupilo, porque los impúberes no pueden presentarse en juício, ni acusar por sí ni por otros, ni aún pueden los púberes, siendo menores de diez y siete años, *L.* 1. §. 3. *ff. De postul.* Mas si han cumplido esta edad, entónces pueden mui bien acusar á los curadores, con tal que lo hagan aconsejados de sus parientes, *L.* 7. *pr. ff.* §. 4. *Inst. h. t.* Finalmente tambien el *magistrado* puede inquirir de oficio contra los tutores sospechosos, aunque nadie acuse: lo cual solo se verifica en este caso singular, pues entre los romanos si el magistrado inquiria á vezes de oficio, solo era contra los delitos y crímenes públicos, no en utilidad de un particular, *L.* 3. §. 4. *ff. De offic. præsid.*

§. CCCV. Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos: vamos ahora á esplicar, quiénes pueden ser acusados. 3° Segun la definicion del §. 301., respondemos que pueden serlo todos los que no desempeñan con fidelidad la tutela, bien sean testamentarios, legítimos ó dativos. No importa que el sospechoso ofrezca fianzas, por la razon alegada arriba (§. 301), de que es mejor conservar íntegros los derechos desde el principio, que buscar el remedio despues de causado el mal, *L.* 5. *L.* 6. *ff. h. t.* No obstante, aunque esto sea cierto, los tutores legítimos no son fácilmente removidos; porque siendo próximos agnados ó cognados de los pupilos, y recayendo sobre los removidos la nota de infamia, esta nota redundaria entónces en cierto modo contra el mismo pupilo; v. gr. si se declarase infame á su

madre ó tio paterno, ú otro próximo agnado. Por eso se suele tener consideracion á la sangre, y no se remueve fácilmente al tutor legítimo, sino que se le junta un curador que administre la tutela, *L.* 9. *ff. h. t.* De esta manera sucede que el tutor no puede á su antojo usurpar los bienes del pupilo, y sin embargo conserva íntegra su fama y estimacion.

§. CCCVI y CCCVII. Dejamos tambien visto contra quién se entabla esta acusacion. Ahora toca decir, 4° para qué se entabla. Atendiendo á nuestra definicion (§. 301), respondemos, que ordinariamente se entabla para la remocion, y estraordinariamente para un castigo estraordinario, á saber, cuando la malicia del tutor aparece criminal. Hablemos de ambos casos. Se da (a) *ordinariamente* para la remocion, y se observa este órden: (*a*) al instante que se entabla esta acusacion, se separa de la administracion al tutor; que es lo que los pragmáticos llaman *suspension*. Luego no se le *remueve* incontinenti (pues esta es la pena, por la cual no debe empezarse), sino que se le *suspende*, esto es, se le priva de la administracion, para que miéntras se sigue el pleito, no defraude mas los bienes del pupilo, §. 7. *Inst. h. t.* Despues (*b*) sigue el conocimiento de la causa, por el cual aparece, ó que el tutor no se ha portado mal, en cuyo caso se levanta la suspension ó entredicho, y el tutor es absuelto, quedándole salva su accion contra el que le acusó calumniosamente; ó que no ha obrado con fidelidad, y entónces es enteramente

removido, ó con infamia, ó sin ella. *Con infamia*, si es condenado por dolo ó culpa lata, §. 6. *Inst. L. ult. C. L.* 7. §. 2. *ff. h. t.*; pues la culpa lata, en estos casos siempre se tiene por dolo, *L.* 226. *ff. De V. S.*, lo mismo que en las causas famosas, *L.* 11. §. *ult. ff. De his qui not. infam.*, y en esta causa, *d. L.* 7. §. 1. *ff. h. t.*; y *sin infamia*, si solo es removido por culpa leve, *L.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Á vezes no se descubre en el tutor ni dolo, ni culpa, sino contumazia; y entónces no es removido ni notado de infame, sino que el pupilo es puesto en posesion de sus bienes; v. gr. si no señala alimentos al pupilo, *L.* 13. §. 14. *L.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Este es el modo ordinario de proceder. Algunas vezes (b) es castigado el tutor *estraordinariamente*, si aparece que usó de malicia mui vituperable; por ejemplo, si el tutor fuere liberto, y sin embargo no desempeñase con fidelidad la tutela, pues agrava su delito la ingratitud con su patrono. Otro tanto sucede, si, v. gr. aparece que el tutor armó asechanzas á la vida del pupilo; de lo cual hemos dicho que se lee un ejemplo en Sueton. *Galb. c.* 9. Por lo demas en todos estos casos se dice que el pretor debe remitir el tutor al prefecto de la ciudad para que le castigue, *L.* 1. §. *ult. ff.* y §. 10, 11. *Inst. h. t.* La razon es clara; porque no ejerciendo el pretor mas que la jurisdiccion civil, y no el mero imperio que pertenecia al prefecto de la ciudad, *L.* 1. *ff. De offic. præf. urb.*, era consiguiente que el tutor fuese remitido por el pre-

tor al prefecto de la ciudad, que era el único que podia castigar á los facinerosos. Esto en cuanto al modo de proceder.

De paso notaremos que lo espuesto acerca de la suspension, tambien tiene lugar en otras causas; pues siempre que se entabla acusacion criminal contra uno que desempeña un oficio público, especialmente eclesiástico, se suele incontinenti suspenderle del oficio, hasta tanto que demuestre su inocencia; porque pareceria escandaloso que, v. gr. un ministro del altar se mezclase en las cosas sagradas, miéntras se estuviera inquiriendo contra él por adulterio ú otro delito de esta clase. Decimos que al momento se le suspende del oficio, pues hai dos clases de suspension; ó *del oficio*, cuando uno retiene el sueldo, pero está inhibido de desempeñar el oficio; ó *del beneficio*, si entre tanto es tambien privado del salario. Aquella tiene lugar por entablarse acusacion ó inquisicion, y de consiguiente por la sola sospecha de delito; pero esta se impone en castigo, si el delito no está tan probado, que deba la persona ser enteramente privada del oficio público que ejerce.

§. CCCVIII. Sigue 5° el punto de cuándo cesa ó acaba la acusacion. Siendo infamatoria, se restringe en cierto modo, y cesa enteramente en algunos casos. Así es que espira 1° *por la muerte del reo*, con tal que aún no esté pronunciada la sentencia, §. 8. *Inst. h. t. L. pen. ff. h. t.* La razon es, porque este juicio se da

para la remocion con infamia, y de consiguiente para una pena; y un muerto no puede ser removido, ni infamado, ni castigado. Pudiera objetar alguno que importa al pupilo, se le resarza el daño causado por el tutor muerto. Pero se responde, que puede pedir su restitucion por *la accion tutelæ*, que en el §. 284 y sig. manifestámos darse subsidiariamente contra los herederos del tutor, sus fiadores y los herederos de estos. Luego bastante se ha atendido á los intereses del pupilo, para que no sea necesario continuar tambien la acusacion contra un muerto. 2° *Acabada la tutela ántes de la sentencia;* porque ¿cómo puede ser removido con infamia de la tutela uno que ya dejó de ser tutor? *L. pen. ff. L.* 1. §. *C.* 8. *Inst. h. t.* Sin embargo no por eso se prohibe al pupilo el que acabada la tutela, entable contra este hombre *la accion tutelæ*, para que resarza todos los daños causados por dolo ó por culpa, aunque sea leve, pues en el §. 263. queda ya bastante esplicado que esta accion compete despues de concluída la tutela.

§. CCCIX. [El Derecho español admite la misma doctrina que el romano en la *L.* 1. *tit.* 18. *Part.* 6., especificando ademas las razones siguientes, por las que el tutor puede ser removido: 1ª si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano ó hubiese procurado mal los bienes de él. 2ª Si le hubiese mostrado malas maneras. 3ª Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. 4ª Si dijese delante del juez, que no tenia que dar á comer

al mozo, y hallasen que dice mentira. 5ª Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. 6ª Si no le amparase á él y á sus bienes en juicio ó fuera de juicio. 7ª Si se escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado por guardador del huérfano.]

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE

DEL

TOMO PRIMERO.

Pág.

Discurso preliminar sobre la necesidad del estudio del Derecho romano. 1

Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por Mr. Dupin. 17

CAP. I. Derecho romano en tiempo de los reyes. . . . . *Ib.*

CAP. II. Derecho romano hasta las XII Tablas. 18

CAP. III. Derecho romano desde las XII Tablas hasta el tiempo de Augusto. 21

CAP. IV. Derecho romano desde Augusto hasta Constantino. 29

CAP. V. Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano. 40

CAP. VI. Composicion del Cuerpo del Derecho. 45

CAP. VII. Cuál fué despues de Justiniano la suerte de su legislacion. 50

CAP. VIII. Del Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad. 59

RECITACIONES.

Proemio del autor. 63

LIBRO PRIMERO.

TÍT. I. De la justicia y del Derecho. 99

TÍT. II. Del Derecho natural, de gentes y civil. 120

TÍT. III. Del Derecho de las personas. 17

TÍT. IV. De los ingenuos. 180

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

al mozo, y hallasen que dice mentira. 5ª Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. 6ª Si no le amparase á él y á sus bienes en juicio ó fuera de juicio. 7ª Si se escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado por guardador del huérfano.]

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE

DEL

TOMO PRIMERO.

Pág.

Discurso preliminar sobre la necesidad del estudio del Derecho romano. 1

Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por Mr. Dupin. 17

CAP. I. Derecho romano en tiempo de los reyes. . . . . *Ib.*

CAP. II. Derecho romano hasta las XII Tablas. 18

CAP. III. Derecho romano desde las XII Tablas hasta el tiempo de Augusto. 21

CAP. IV. Derecho romano desde Augusto hasta Constantino. 29

CAP. V. Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano. 40

CAP. VI. Composicion del Cuerpo del Derecho. 45

CAP. VII. Cuál fué despues de Justiniano la suerte de su legislacion. 50

CAP. VIII. Del Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad. 59

RECITACIONES.

Proemio del autor. 63

LIBRO PRIMERO.

TÍT. I. De la justicia y del Derecho. 99

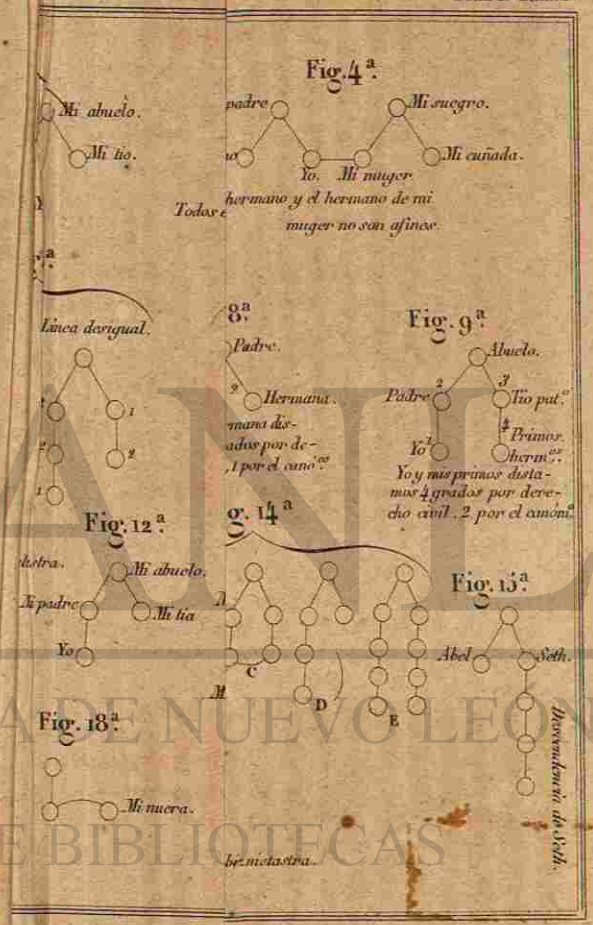
TÍT. II. Del Derecho natural, de gentes y civil. 120

TÍT. III. Del Derecho de las personas. 17

TÍT. IV. De los ingenuos. 180

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Tít. V. De los libertinos. 184
Tít. VI. Quiénes no pueden manumitir, y por qué causas se les prohibe. 198
Tít. VII. Lei fusia caninia revocada. 205
Tít. VIII. De los que son dueños de sí mismos (*sui juris*), y de los que están sujetos á potestad ajena (*alieni juris*). 208
Tít. IX. De la patria potestad. 211
Tít. X. De las nupcias. 219
De la legitimacion. 236
Disertacion de Justo Heningio Boehmero sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento. 245
Tít. XI. De las adopciones. 302
Tít. XII. Modos de acabarse el derecho de patria potestad. 318
Tít. XIII. De las tutelas. 329
Tít. XIV. Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento. 339
Tít. XV. De la tutela legítima de los agnados. 346
Tít. XVI. De la capitis-diminucion. 351
Tít. XVII. De la tutela legítima de los patronos. . . . 358
Tít. XVIII. De la tutela legítima de los padres. 359
Tít. XIX. De la tutela fiduciaria. 361
Tít. XX. Del tutor atiliano y del que se da por la lei julia y ticia. 362
Tít. XXI. De la autoridad de los tutores. 369
Tít. XXII. De qué modos se acaba la tutela. 378
Tít. XXIII. De los curadores. 385
Tít. XXIV. De las fianzas de los tutores ó curadores. . 399
Tít. XXV. De las escusas de los tutores y curadores. . . 409
Tít. XXVI. De la remocion de los tutores y curadores sospechosos. 425



Sean libres.

Estico.

Curso Directo Curso Inverso

Fig. 1ª

Abuelo.
Padre.
Hijo.
A

Fig. 2ª

Padre ó Madre.
Hermano. Hermana.
B

Mi abuelo.
Mi Padre
Mi tio.
Yo.
C

Fig. 3ª

Mi suegro.
Yo
Mi cuñada.
Mi muger.
Los nietos del padre de mi muger.
Todos estos son afines mios.

Fig. 4ª

Mi padre
Mi suegro.
Mi hermano
Mi cuñada.
Yo. Mi muger
Mi hermano y el hermano de mi muger no son afines.

Fig. 5ª

Línea recta.
Mi tatarabuelo
Mi bisabuelo
Mi abuelo
Mi padre
Yo
Yo
Mi hijo.
Mi nieto.
Mi biznieto.
Mi tatarnieto.
Mi cuarto nieto.

Línea oblicua.
Mi bisabuelo.
Mi abuelo.
Mi tio hermano de abuelo ó tio segundo.
Mi padre
Primo de mi padre.
Yo

Fig. 6ª

Línea igual.
Línea darigual.

Fig. 7ª

Padre.
Hija.
A
Abuelo.
Padre.
Nietos.
B
Mi tatarabuela.
Bisabuela.
Abuela.
Madre.
Yo.
C

Fig. 8ª

Padre.
Yo
Hermana.
Yo y mi hermana distamos 2 grados por derecho civil, 1 por el canº.

Fig. 9ª

Abuelo.
Padre
Tio paº.
Yo
Primos hermanos
Yo y mis primos distamos 4 grados por derecho civil, 2 por el canº.

Fig. 10ª

Mi bisabuelo.
Abuelo
Mi tio hermano de abuelo ó tio segundo
Padre
La prima de mi padre
Yo

Fig. 11ª

Mi Padre
Mi madrastra.
Yo
A
Mi abuelo
Mi bisabuelastra.
Mi padre
Yo
B

Fig. 12ª

Mi abuelo.
Mi padre
Mi tia
Yo

Fig. 13ª

Mi abuelo.
Mi padre
Mi tia.
Yo
La hija de mi tia ó mi prima.
Mi hijo

Fig. 14ª

A
B
C
D
E

Fig. 15ª

Abel
Seth.

Fig. 16ª

Mi madrastra.

Fig. 17ª

Mi abuelastra.

Fig. 18ª

Mi nuera.

Fig. 19ª

Mi nietastra.

Fig. 20ª

Mi biznietastra.

Descendencia de Seth.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Fig. 1ª

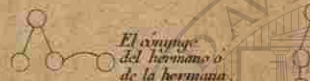


Fig. 2ª

Fig. 3ª

Fig. 4ª

Fig. 5ª

Fig. 6ª

Fig. 7ª

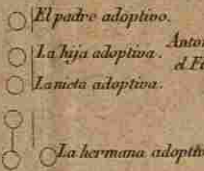


Fig. 8ª

Fig. 9ª

Fig. 10ª

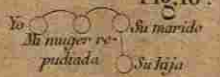


Fig. 11ª

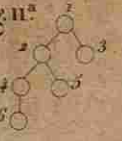


Fig. 12ª

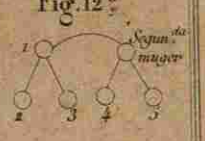


Fig. 13ª

Fig. 14ª

Fig. 15ª

Fig. 16ª

Fig. 17ª

Fig. 18ª

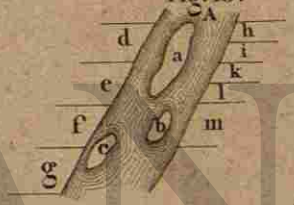


Fig. 19ª

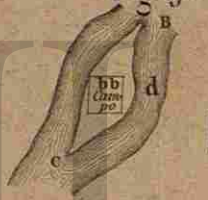


Fig. 24ª

Fig. 20ª

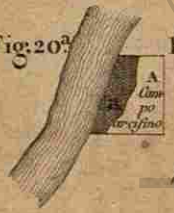


Fig. 21ª

Fig. 22ª

Fig. 23ª

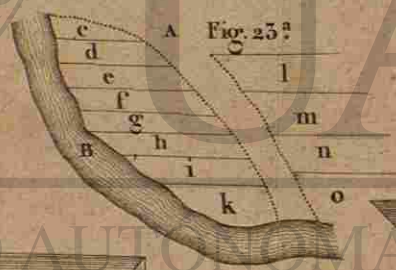


Fig. 25ª

Fig. 26ª

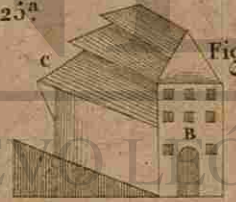


Fig. 27ª

Fig. 28ª

Fig. 29ª

Fig. 30ª

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS