

dido que la donacion *propter nuptias* y por causa de muerte son verdaderos modos de adquirir, aunque no se siga la tradicion. Pero lo que hai en esto es, que Justiniano siguió en las Instituciones el orden de Cayo, §. 6. *proæm. Inst.* En tiempo de Cayo la donacion no hai duda que era un modo de adquirir, porque no valia, si al punto no seguia la tradicion. Por leyes mas recientes, y especialmente por la *L. 35. De donat.* se estableció que valiese la donacion aún sin la tradicion, y que de este pacto, contra los principios de la legislacion romana, naciese la accion correspondiente. Desde este tiempo la donacion ya no fué un modo de adquirir, sino meramente un título: luego debió Justiniano alterar el orden de Cayo; mas no lo hizo, y por tanto cometió un error, dígase lo que se quiera en su defensa. Ya lo esplicámos todo en las adiciones al Vinio *pr. Inst. h. t.*

§. CDLV y CDLVI. De cualquier modo que sea (pues tampoco nos molestaremos mucho en justificar el método de Justiniano), debemos examinar ante todo, qué es donacion, y de cuántas maneras. *Donacion* es una liberalidad que se hace sin ningnna obligacion. Decimos, 1º que es liberalidad, porque no puede existir sin que medie cosa que tenga algun valor. 2º Que es una liberalidad *que se hace á otro*; pues no se concibe que uno pueda darse una cosa á sí mismo. Decimos, 3º que se hace *sin obligacion alguna*; porque si uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga. De lo cual tambien deducimos, que aquí no se habla del derecho

imperfecto, sino del perfecto, el cual es el único que admite coaccion. De aquí es, que si uno da á otro lo que le debe por derecho imperfecto, v. gr. por gratitud, hai donacion. Toda donacion se hace *entre vivos* ó *por causa de muerte*. *Entre vivos*, cuando se celebra sin consideracion al caso de la muerte; por *causa de muerte*, la que se hace por temor de esta; de suerte que en cierto modo, mas quiere el mismo donante conservar la cosa donada para sí, que no concederla á otro, á no sobrevenir la muerte. Hai en las *Inst. De donat.* el notable ejemplo de Telémaco, que hacia esta clase de donacion, sacado de Homero, *Odys. 17.* Mas conviene tengamos cuidado en no confundir las donaciones entre vivos y las hechas por causa de muerte. Juliano, segun *Ulpian. L. 2. ff. De mort. caus. don.*, dice que hai tres especies de donacion por causa de muerte, *una*, cuando uno dona por solo pensar en la muerte, sin que amenaze ningun peligro presente; *otra* cuando uno, amedrentado por un peligro inminente de la muerte, da de manera que al instante se haga la cosa del donatario; *tercera*, si alguno amenazado de peligro de muerte, hace donacion de una cosa, mas no de modo que la reciba al momento el donatario, sino solo si se ha seguido la muerte. Así se explica Juliano, cuya filosofia tambien conocemos por la *L. 45. §. 1. y L. 35. §. 1. ff. eod.* Mas si lo consideramos bien, la segunda especie no tanto es donacion por causa de muerte, como entre vivos. Es sí donacion de un moribundo, mas no por causa de muerte, porque siempre es irrevocable,

L. 42. §. 4. ff. cod. Luego ha de distinguirse, si se hace donacion trasladando al punto el dominio, y reservándose solo el donante la posesion hasta su muerte, ó si el donante solo quiere transferir el dominio siguiéndose la muerte, y por tanto solo concede al donatario la esperanza. En el primer caso la donacion es entre vivos, ya esté el donante sano y bueno, ó moribundo; en el último caso la donacion es por causa de muerte, bien amenaze peligro de muerte, ó no. Por lo demas de estas definiciones se infiere, que la donacion entre vivos es un *pacto*, al cual asiste la lei, á saber, la *L. 35. C. De donat.*; mas la donacion por causa de muerte es un acto que participa de la naturaleza del *pacto y de la última voluntad, y por tanto fluctua entre uno y otro.*

§. CDLVII. Se pregunta, quién puede hacer donacion? La respuesta es fácil: una y otra donacion es una liberalidad que traslada el dominio al donatario, ó al momento, ó para mas tarde, §. 455; y nadie puede trasladar á otro entre vivos el dominio de una cosa, sin que sea dueño de ella y tenga la libre administracion de sus cosas, §. 40. *Inst. De rer. div. L. 21. C. Mand.* Por la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, §. 456, no trasfiere el dominio el que no tiene la libre testamentifaccion, *L. 45. ff. De mort. caus. don.* De estos dos axiomas pues se deduce claramente, 1º que no pueden hacer donacion entre vivos los pupilos; 2º ni el tutor; 3º y mucho ménos el procurador, á no tener mandato especial para hacerlo:

4º por causa de muerte no puede donar ni el impúber que no puede hacer testamento, ni otro alguno á quien se le prohíbe testar, como el siervo, el extranjero, el furioso, el mentecato, el pródigo, sordomudo, §. 514 al 519. Hai una escepcion en el hijo de familia, pues este ciertamente no puede hacer donacion por causa de muerte, porque no puede testar, á no ser en el peculio castrense y cuasi castrense, *L. 49. ff. Qui test. fac.*; mas hai la diferencia, que el hijo de familia no puede hacer testamento, aunque se lo permita el padre, *L. 6. pr. ff. cod.*; pero sí donar por causa de muerte, consintiéndolo aquel, *L. 25. §. 4. ff. De mort. caus. don.*, lo cual sin duda se ha introducido, porque la testamentifaccion es de Derecho público, *L. 3. ff. Qui test. fac. poss.*, y por tanto no puede el padre mudar nada acerca de ella con su autoridad, al contrario de las donaciones entre vivos y por causa de muerte, que son de derecho privado.

§. CDLVIII. Con igual facilidad se satisface á la otra pregunta, ¿á quién puede hacerse donacion? La donacion entre vivos es un pacto; este no se celebra sin la promesa de uno y la aceptacion de otro; luego tambien la donacion requiere la aceptacion, como observa bien el mismo Ciceron, *Top. c. 8.* En este punto no hai diferencia entre la donacion entre vivos y la por causa de muerte: una y otra han de aceptarse. En lo cual se diferencian la donacion por causa de muerte y el legado ó fideicomiso: exigiendo aquella que el donatario esté presente y la acepte, y pudiéndose dejar estos al ausen-

te é ignorante. Ademas requiere 2º que el donante y donatario sean personas diversas; pues hemos visto que debe mediar de una parte la promesa, y de la otra la aceptacion. Y ¿quién seria tan necio que quisiese hacerse donacion á sí mismo? Hé aquí la razon por que no vale la donacion entre el padre y el hijo, *L. 1. §. 4. ff. Pro donat.*, pues jurídicamente no son personas diversas, sino solamente una, §. 439; é igualmente, por qué los cónyuges no pueden hacer donaciones entre sí durante el matrimonio, *tit. ff. De don. inter vir. et uxor.*, pues antiguamente la mujer se desposaba con el marido por medio de la confarreacion, coencion y uso, y por el mismo acto entraba en la potestad de aquel, ocupando el lugar de hijo de familia, como difusamente hemos demostrado en nuestras *Ant. rom., l. 4. tit. 40. §. 6* y en los *Comentarios á la lei julia y papia, lib. 2. c. 44. §. 238*. Si se hacia hija de familia, ciertamente que constituía una sola persona con el marido, y por tanto no podian hacerse ninguna donacion. Y aunque con el tiempo dejaron de usarse aquellos modos de celebrarse las nupcias, subsistió sin embargo el efecto, á saber, quedó prohibida la donacion entre los cónyuges, inventándose entónces otras razones de esta prohibicion; como para que por el mutuo amor no despoje un cónyuge á otro, para que no sean venales los matrimonios etc. *L. 1. L. 2. ff. De don. inter vir. et uxor.* 3º En la donacion por causa de muerte en especie, se requiere que el donatario pueda recibir legados. Á quiénes se puede legar, lo veremos en el §. 608.

§. CDLIX. La tercera pregunta es, qué cosas pueden donarse. La donacion es una liberalidad, §. 453; y por esta se da á uno alguna cosa que le preste utilidad. Pueden traer utilidad 1º las cosas que están en comercio: de donde se infiere claramente que no puede hacerse donacion de las cosas sagradas, religiosas, santas, comunes, públicas, de comunidad etc., porque no las pueden tener los particulares. Tambien traen utilidad 2º las cosas incorporales, como los derechos, las servidumbres y obligaciones; luego es indudable que tambien de estas puede hacerse donacion, *L. 9. pr. L. 27. seq. ff. h. t.* Pueden prestar utilidad 3º todos los bienes presentes y futuros; luego tambien estos pueden donarse, si alguno quiere ser tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo, *L. 35. §. 4. C. h. t.* No obstante, para que el que de este modo se desprende inconsideradamente de todos sus bienes, no perezca de hambre, se ha establecido que no pueda ser reconvenido por el todo, si no que se le ha de dejar la parte de sus bienes que le sea necesaria para alimentarse y vestirse, *L. 49. §. 4. L. 49. L. 50. ff. De judic.* Este beneficio se llama de *competencia*, y de él hablaremos en el §. 4499 y sig. Ultimamente, 4º hasta las cosas ajenas pueden prestar utilidad; luego tambien puede hacerse donacion de ellas. Esto podria parecer injusto, porque ¿cómo puede dejar de ser hurto el donar las cosas ajenas? Pero debe observarse, que aquí no se pregunta, si semejante donacion de cosa ajena traslada válidamente el dominio; lo cual se niega, porque lo que no tiene el donante, no puede trasferirlo á otro. En el caso de preguntarse, si

tal donacion de cosa ajena puede perjudicar al verdadero dueño, tambien se negaria, porque á ninguno se le puede quitar contra su voluntad el dominio de sus cosas, á no ser por castigo. Así esta donacion no obsta al verdadero dueño de la cosa, para vindicarla del donatario y de cualquier otro poseedor. Lo que únicamente quieren las leyes, es que si alguno hace donacion de cosa ajena, y el donatario la recibe de buena fe, ignorando que es ajena, pueda adquirir el dominio de ella por la usucapion, si el verdadero dueño no la vindica en el tiempo legal, esto es, si permite que la posea el donatario por tres años, siendo mueble, y si raíz, por diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes; porque entónces se juzga que ha dejado su cosa por perdida, §. 439.

§. CDLX y CDLXI. Cuanto hasta aquí se ha dicho de la persona del donante y donatario, y de las cosas que pueden donarse, es comun igualmente á la donacion entre vivos y á la por causa de muerte. Se sigue manifestar en qué se diferencian. Son diversas 4.^o en el modo de hacer la donacion. La donacion entre vivos, siendo solamente un pacto, no requiere sino el consentimiento, y por tanto no necesita de ningunas solemnidades; mas la donacion por causa de muerte, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades, debe hacerse á presencia de cinco testigos. *L. ult. C. 5. §. ult. De codicill.* (1). 2.^o Se diferencia por razon de la li-

(1) Entre nosotros la *L. 11. tit. 4. Part. 5.*, siguiendo el Derecho romano, exige cinco testigos en la donacion por causa de muerte. Pero despues de promulgada la *L. 1. tit. 18. lib.*

bertad de donar; pues por evitar el peligro de que se vean reducidos á la mendicidad los que hacen donaciones entre vivos sin consideracion ninguna, con gran prudencia se ha establecido, que si alguno quiere hacer donacion de mas de quinientos sueldos, la haga registrar en las actas públicas (1), y si se omite esta anota-

10. *Nov. Recop.*, que solo pide tres testigos en los testamentos nuncupativos, debe decirse con Covar., *rub. De testamen. part. 3. número 32*, y otros autores, que el número de tres testigos es suficiente en estas donaciones, ya porque las palabras de dicha *L. 1. ó otra postrimera voluntad*, comprenden naturalmente la donacion por causa de muerte; ya tambien porque seria del todo irregular el que en esta clase de donaciones se requiriese una solemnidad mayor que en los testamentos; por lo cual lo que se dispensa en estos, con razon se considera tambien dispensado en las donaciones.

(1) Lo mismo exige en España la *L. 8. tit. 4. Part. 5.*, siempre que las donaciones escedan de quinientos maravedís de oro, es decir, de los que pesan la sesta parte de una onza de oro, segun prueba Covarrub., *De veter. numis. coll. cap. 6. núm. 4.*; é igualmente establece dicha *L. 9.*, que no sea precisa esta anotacion ó registro en las donaciones que se hacen á iglesias, órdenes ú otros lugares religiosos. Pero la donacion de todos los bienes ó de gran parte de ellos, hecha por quien no tiene hijos, se rescinde enteramente *ipso jure* por el inesperado nacimiento de prole que le sobrevenga al donante, *L. 8. tit. 4. Part. 5.* Pero lo que debe entenderse, cuando se habla de gran parte de bienes, no está espresado en la lei; por lo cual parece probable haberse dejado esto á arbitrio del juez, López, *glos. 5. de dicha L. 8.*, Molina, *tract. 2. De just. et jure, disput. 282.*; quienes examinan sobre esta materia otras varias cuestiones. No obstante la citada lei de Partida, en cuanto habla de la donacion de todos los bie-

cion judicial, que no valga lo que esceda de dicha cantidad, *L. 36. §. ult. C. h. t.* Pero la donacion por causa de muerte, teniendo efecto despues de esta, no hace mas pobre al donante, y por tanto, ascienda á lo que quiera, no necesita registrarse, *L. ult. C. De mort. caus. donat.* 3º Se diferencian en el efecto; pues la donacion entre vivos vale al instante, y una vez hecha, no puede revocarse contra la voluntad del donante ó del donatario; porque la obligacion que se contrae por el mutuo consentimiento de dos ó mas que se convienen en una cosa, no se disuelve por voluntad de uno, sino por el mutuo disenso. Mas la donacion por causa de muerte, participando de las últimas voluntades (§. 456.) es siempre revocable, porque la voluntad del

nes, se debe entender segun lo dispuesto por las leyes de Toro, que tiene lugar en el caso en que el donante se hubiere reservado el usufructo ú otro derecho; pues de otro modo semejante donacion de todos los bienes, aunque solo sea de los presentes, es nula desde un principio, independientemente del nacimiento de hijos, segun la *L. 69. de Toro*, que es la *L. 2. tit. 7. lib. 10. de la Nov. Recop.* Y esta donacion de todos los bienes ya ántes se habia declarado nula por la *L. 7. tit. 12. lib. 8. del Fuero real.* (Sala, *Inst. rom. hisp. lib. 2. tit. 7. nota al §. 2.*) El que no tiene sucesion, puede hacer donacion de todos ó la mayor parte de sus bienes, si se reserva el usufructo vitalicio; pero se revocará por el hecho de sobrevvenir sucesion legitima al donante. Tambien se revoca la donacion, cuando perjudica á la legitima de los hijos de este. Están igualmente prohibidas las donaciones entre marido y mujer, escepto aquellas que no empobrecen al uno para enriquecer al otro.

hombre es variable hasta la muerte, §. 4. *Instit. h. t. L. 46. L. 30. ff. De mort. caus. don.* 4º Se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es ciertamente un título hábil para trasferir el dominio, §. 339.; pero el título no da sino derecho *ad rem*, pues el derecho *in re* nace de la subsiguiente tradicion, §. 339.; y por tanto no me hago dueño de la cosa que se me ha dado, hasta que se verifica la tradicion, §. 40. *Inst. De rer. divis.* Al contrario, como la donacion por causa de muerte es semejante á la última voluntad, §. 456., y por las últimas voluntades pasa á nosotros el dominio sin la tradicion, desde que se verifica la muerte del testador ó donante, §. 339.; las cosas donadas por causa de muerte, se hacen nuestras, al punto que muere el donante, con tal que en vida no hubiese revocado la donacion, *L. 46. L. 30. ff. De mort. c. don.* Se diferencian 5º por razon del pago. El que es demandado por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no es condenado en el todo, sino en lo que puede serlo, como dijimos en el §. 459. Al contrario, si al heredero se le manda pagar la donacion por causa de muerte, y no le queda salva la cuarta parte de los bienes, puede sacar la *cuarta falcidia*, de la cual trataremos espresado en el §. 645 y sig. Últimamente se diferencian 6º en las acciones; pues si preguntamos, por qué accion pedimos la donacion entre vivos, ya se ha dicho poco há que es un pacto; y los pactos por Derecho romano no producian accion, á no ser que fuesen legítimos, ó pre-

torios, ó añadidos á un contrato de buena fe, §. 777. Á la primera especie pertenece la donacion entre vivos, porque le asiste la lei, y manda que la donacion prometida se entregue, §. 55. *C. h. t.* Naciendo de todos los pactos legítimos la *condiccion ex lege*, §. 4157., es consiguiente que tambien la donacion entre vivos se ha de pedir por la *condiccion ex lege*, á saber, por la *L. 35. §. 4, 5. C. De don.*; á no ser que á la donacion acompañe la estipulacion, pues en este caso puede obrarse por la accion *ex stipulatu, pr. Inst. De verb. obl.* Al contrario la donacion por causa de muerte es semejante á las últimas voluntades, §. 456.; y por tanto nacen de ella las mismas acciones que de los legados, á saber, la personal del testamento, la hipotecaria y la vindicacion de la cosa: pues abajo veremos (§. 639.) que nacen estas acciones de los legados.

§. CDLXII. Poco hace advertimos, que la donacion entre vivos no es revocable (460. 3.); y esta es la regla. Mas como apenas se halla ninguna sin escepcion, especialmente en jurisprudencia, *L. 202. ff. De reg. jur.*, sucede aquí que la donacion se revoca, 4º *si es inoficiosa, L. 5. L. 7. C. De inoff. don.* Qué sea inoficioso, lo diremos en el título del testamento inoficioso, pues en el Derecho llamamos *inoficioso* todo aquello en que se perjudica en la legítima á los hijos, padres, hermanos ó hermanas. Así decimos *testamento inoficioso* aquel en que á estas personas no se les ha dejado la porcion legítima; *dote inoficiosa*, cuando es tanta que á los restantes hijos no les queda íntegra la legítima;

la que perjudica á los hijos en su legítima; y esta como dije, puede revocarse. 2º Tambien se revoca la que escediendo de quinientos sueldos, no se hace por los trámites judiciales; porque si bien los hombres no son inclinados por naturaleza á donaciones escesivas, no obstante á vezes no miran por sí. Por tanto, interesando á la sociedad que ninguno use mal de sus cosas, §. 2. *Inst. De his qui sui vel alien. jur.*, y siendo profusion mas bien que liberalidad, la que se verifica sin consultar á la razon: se ha determinado, que el que quiera hacer donacion de mas de quinientos sueldos, esté obligado á registrar judicialmente en las actas la donacion, *L. 21. ff. L. 34. pr. L. 36. fin. C. De don.* Y si se omite esta circunstancia del registro en las actas, vale la donacion hasta los quinientos sueldos, y lo que de aquí pasa, puede revocarse. Si se han hecho muchas donaciones en diversos tiempos, por ejemplo, hace tres años una de doscientos sueldos, hace dos años otra de trescientos, y otra de cuatrocientos el año pasado; ¿será nulo lo que escediendo de quinientos sueldos, se ha dado sin registrarlo? No, con tal que no se haya dividido aquella suma en fraude de la lei, *L. 34. §. 3. C. h. t.* ¿Qué sucede si por algunos años se hace donacion de cierta cantidad? Si se ha donado por la vida del donatario, no se necesita de registro, porque es incierto el tiempo que ha de vivir; mas si se hace mencion de los herederos, conviene que se registre, porque es bien cierto, que aquella suma anual puede entónces esceder

la cantidad de quinientos sueldos, *L. 34. §. 4. C. h. t.* Hai tambien ciertas donaciones que manifiestamente no requieren ser registradas, por grandes que sean; como si se ha donado algo (a) para la redencion de cautivos, *L. 36. pr. C. h. t.*; (b) para reedificar los edificios destruidos por incendio ó ruina, *L. 36. §. 2. C. eod.*; (c) si la donacion se ha hecho á los soldados por el tribuno militar, *L. 36. §. 4. C. eod.*; (d) si la donacion es recíproca ó renumeratoria; pues ciertamente, si doi á mi esposa un anillo de mil sueldos, y ella me regala otro, por ejemplo, de mil ciento, ninguno de los dos queda perjudicado, de manera que haya necesidad de registro. 3º Tambien se revoca, por *ingratitude* del donatario. La ingratitude es *simple*, si uno no hace bien á su bienhechor, ó *enorme*, si le hace daño: no basta aquí la primera para revocar la donacion, sino que especialmente se requieren, ó (a) atrozes injurias, ó (b) asechanzas puestas á la vida del donante, ó (c) que ponga en él sus impías manos, ó (d) que el donatario cause á gran parte de los bienes del donante daño grave. El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. ult. C. De revoc. don.*, en la que tambien se ha de advertir, que el donante puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no la hecha á los herederos de este; pues si el mismo donante no la revocase, se entiende que perdona la injuria; y es general la regla de que *las acciones que meramente se dirigen á la vindicta, no pasan á los herederos*. Y ni aún contra los herederos del donatario ingrato compete la accion para revocar la donacion, por

ser encaminada á la vindicta, y no tener esta lugar sino contra aquel que nos hizo la injuria, y los herederos del donatario no han hecho ningun daño al donador, *L. 7. C. De rev. don.* 4º Hai lugar á la revocacion de la donacion por la *supervencion de hijos*; lo cual se prueba con la *L. 8. C. De rer. don.*, á la que escribió un prolijo comentario el erudito jurisconsulto And. Tiraquelo; pero en realidad aquella lei solo habla del caso especial en que el patrono hiciese donacion del todo ó parte de los bienes á sus libertos, y luego le sobreviniesen hijos. Y aunque los derechos de los patronos no se han de estender desde luego á otras personas, los doctores interpretan tan latamente esta lei, que conceden este derecho á todos los donantes sobreviniéndoles hijos, *Merrilio, Observ. l. II. c. 34*. Aún cuando no aleguen otra razon, que el que parezca que ninguno antepone las sucesiones ajenas á las propias, *L. 30. C. De fidei-comm.*, no obstante en la práctica triunfa esta errónea sentencia de los intérpretes.

§. CDLXIII. Falta cierta especie singular de donacion, á saber *la donacion propter nuptias*. Antiguamente tenia un nombre griego que significaba *donacion ante nuptias*, porque durante el matrimonio no podian hacerse donacion los cónyuges. Despues que mudó esto Justiniano, y permitió al marido que pudiese constituir á favor de su esposa, estando casada, semejante donacion, ya no correspondia el vocablo á la idea que representaba; y por tanto Justiniano quiso que en adelante se llamase donacion *propter nuptias*, §. 3. *Inst.*

h. t. Es donacion *propter nuptias* la que hace el marido á la mujer, ó el esposo á la esposa, para seguridad de la dote. Digo para seguridad de la dote, y por tanto si el esposo da á la esposa, por ejemplo, un anillo, sin consideracion á la dote, se llama *liberalidad esponsalicia*, de la cual trata la *L. 46. C. De don. ant. nupt.* Dándose pues para seguridad de la dote, es consiguiente, 1º que sea semejante á la dote por razon de la cantidad y condiciones; y así lo determinó espresamente Justiniano, *Nov. XCVII*; si bien antiguamente era de distinto modo. De aquí es, por ejemplo, que si la mujer lleva de dote al marido diez mil, otro tanto debe darle á ella el marido. 2º Que durante el matrimonio no pasa á la mujer el dominio, y sí solo el derecho de hipoteca en los bienes del marido, *L. 29. C. De jur. dot., Nov. LXI. c. 4. princ.* 3º Que la mujer no percibe durante el matrimonio ni aún los frutos de la cosa dada de este modo, pues si la mujer percibiese los frutos, entónces seria inútil la dote al marido, *L. 29. C. De jur. dot. L. 20. C. eod.*; y la dote se constituye para sostener las cargas del matrimonio. Supongamos que la mujer me trae en dote diez mil, y que yo le doi *propter nuptias* otros diez mil, si entónces percibiese yo por los frutos de la dote 500 florines, y la mujer por los frutos de la donacion *propter nuptias* 500 florines, ciertamente nada recibiria de ella, y aquella dote no me serviria para sostener las cargas matrimoniales.

TÍTULO VIII.

Á QUIÉNES SE PERMITE Ó NO ENAJENAR.

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

§. CDLXV. 1º Á veces el dueño no puede enajenar. Esto lo prueba el emperador, 1º con el ejemplo del ma-

rido, que es señor de la dote, y sin embargo no siempre tiene el derecho de enajenar. Pagenstechero niega rotundamente en los *Aforismos de las Inst.* §. 74. p. 442., que el marido consiga el dominio de la dote; por lo que se ha de probar esto ante todas cosas, destruyendo al paso los argumentos de aquel docto varon. Probamos pues que el marido es dueño de la dote (1) (a) por el *pr. Inst. h. t.*, donde Justiniano le llama terminantemente dueño. (b) En la *L. 7. §. 3. De jur. dot.*, repite Ulpiano mas de una vez, *que la dote está en los bienes del marido, que se hace del marido etc.* Se prueba tambien por el efecto: el dominio consiste en la facultad de disponer de su cosa, y el marido tiene esta facultad de tal modo, que hasta puede dar libertad á los siervos dotales por testamento, *L. 3. C. De jur. dot.* El dueño tiene tambien facultad de vindicar, y la mujer no puede vindicar la dote durante el matrimonio, *L. 7. §. 3. ff. h. t. L. 9. C. De rei vind.* Al contrario el marido la vindica por la *L. 24. ff. Rer. amot.* Gozando pues solo el dueño del derecho de vindicar, *L. 23 y L. 24. C. De rei vind.*, es manifesto que el marido es dueño de la dote. Á esta verdad, de-

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

fendida por muchos hábiles juriconsultos, opuso algunos argumentos el ilustre Pagenstechero. (a) En la *L. 30. C. De jur. dot.*, se dice: *que aunque por la sutileza de las leyes parece que pasan las cosas dotales á poder del marido durante el matrimonio, no por eso se ha de oscurecer y confundir la verdad de la cosa.* De aquí colige Pagenstechero, que aunque parece que el marido es dueño de la dote por la sutileza de las leyes, no es verdaderamente dueño; pero respondemos, que el emperador habla allí del derecho de la mujer en la dote *disuelto el matrimonio*, y por tanto el sentido de estas palabras es, que aunque el marido, por la sutileza de las leyes, es dueño de la dote durante el matrimonio, no obstante el dominio de la mujer está en suspenso, y revive al punto que se disuelve el matrimonio. (b) Nadie niega que la dote consiste muchas veces en cosas incorporales, como en un usufructo, en el derecho de cocer cerveza y otros semejantes; y los derechos no pueden existir sin dominio, §. 335. Pero respondo, 4º si decimos que el marido es dueño de la cosa dotal, se supone que es respecto de una cosa corporal, en la cual solo pueda tener lugar el dominio, por ejemplo, un prado, una tierra, dinero etc. 2º Aunque los derechos, como cosas incorporales, no están en dominio, no obstante, entran en los bienes, *L. 49. ff. De V. S.* Pero estas cosas, aunque distinguidas por las palabras de la lei, son á la verdad iguales en el efecto: quede pues sentado que el marido es dueño de la dote. Mas aunque esto es de derecho inconcu-

so, no obstante se le ha restringido en parte la libre facultad de enajenar por la lei julia de adulterios. *Paull. Rec. sent. l. II. tit. 24.* Pues siendo ¡frecuentísimos en Roma los divorcios, y pudiendo el marido echar de casa á su mujer casi á su antojo (tanto que decía Séneca elegantemente, *que en su tiempo las mujeres contaban los años, no por los consules, sino por los maridos*), acontecia muchas vezes que repudiada la mujer, cuya dote habia ya consumido el marido, se veía reducida aquella á la mendicidad. Por esto, compadecido de ellas Augusto, estableció que no se permitiese al marido enajenar el fundo dotal itálico, sin consentimiento de la mujer, ni hipotecarlo aún con voluntad de esta. Pero Justiniano enmendó en este asunto dos cosas, *L. un. §. 15. C. De rei ux. act.* pues (a) quitó la diferencia entre el fundo dotal itálico, y el provincial; (b) entre la hipoteca y la enajenacion; y por tanto estableció *que el fundo dotal, cualquiera que fuese, ya itálico, ya provincial, no pudiesen enajenarse ni hipotecarse por el marido, consintiera ó no consintiera la mujer*; pues seria mui fácil al marido ablandar con halagos á la mujer, para que consintiese en la enajenacion. Por lo cual se ha de observar, (aa) que no está prohibida la enajenacion de toda la dote, sino solamente del fundo dotal, pues si la dote consiste en cosas muebles, no hai duda que el marido puede enajenarla. (bb) Y del fundo, como cosa raíz, no está prohibida la enajenacion en todos los casos, pues se exceptúa el fundo dotal dado con estima-

cion; porque si esta se ha hecho por causa de venta, claramente pasa el dominio al marido, y debe contentarse la mujer con recibir la estimacion disuelto el matrimonio, *L. 10. §. 4. ff. L. 5. C. De jure dot.* 3º Tampoco se prohíbe absolutamente la enajenacion de la dote no estimada, pues se admite siendo necesaria, cual es la que se hace para pagar las deudas de la mujer, *L. 1. ff. De fundo dot.*, ó en utilidad manifiesta de la misma, *L. 16. L. ult. ff. De jure dot.*

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

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

Salmasio, que hoy día nadie duda sobre este punto. De lo cual se sigue, (a) que si existen las monedas que dió el pupilo, hai lugar á la vindicacion de la cosa, porque no haciendo nada el pupilo, cuando enajena, no trasfiere ciertamente el dominio; si no trasfiere el dominio, permanece señor; si permanece señor, puede vindicar su cosa donde quiera que la encuentre, §. 335. Tambien es consiguiente, (b) que si se han gastado de buena fe las monedas por aquel que las recibió, no hai lugar á la vindicacion de la cosa, porque ¿cómo se ha de vindicar lo que no existe? No obstante entónces tiene el pupilo la accion personal, á saber, *la condiccion certi*, para que se le restituya otro tanto en el mismo género. (c) De aquí inferimos, que si el que recibió el dinero del pupilo, lo gastó de mala fe, hai contra él la accion *ad exhibendum*, pues aunque esta accion solo se da contra el poseedor, *L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. pr. §. ult. L. 7. §. 34. ff. Ad exhib.*, y el que gastó el dinero de mala fe, nada posea, no obstante se halla admitida entre los jurisconsultos la regla de que *el que deja de poseer de mala fe, se tiene por poseedor*, *L. 5. §. 2. L. 12. §. 3. L. 44. ff. L. 5. C. h. t. L. 131. ff. De R. J.* 2º Lo mismo sucede, si el pupilo paga sin autoridad del tutor, pues como en este caso hai enajenacion, la paga es nula en sí, y por tanto lo que se ha pagado, puede repetirse por las mismas acciones, que si todavía se debiese. Ultimamente, 3º es digno de notarse, que por mas que el pupilo sea dueño, no se le puede pagar sin autoridad del tutor y decreto del magis-

trado, esceptuando las usuras que se deban dentro del bienio, y que no escedan del valor de cien sueldos ó áureos, los cuales pueden pagarse al tutor, no al pupilo, sin decreto del magistrado, *L. 25. L. 27. De adm. tut.* Por tanto si uno paga al pupilo ó tutor sin que medie aquel decreto, y se malgasta el dinero por el pupilo ó tutor, ó se pierde casualmente, no queda libre el deudor, sino que tiene que pagar segunda vez. Podria alguno creer que se hace mejor la condicion del pupilo, recibiendo el pago, y por tanto que bien puede desempeñar este negocio, §. 254; pero se niega esto, porque ¿cómo haria mejor la condicion del pupilo el que solo le paga el dinero para tener caballos, perros, casas de campo y de recreo, pues el pupilo es naturalmente malgastador y no atiende á la utilidad, como elegantemente dice Horacio, *Arte poét. v. 162. y sigg.*? No seria esto como dar una espada á un furioso?

§. CDLXVII. Hemos dado fin á la primera paradoja, de que hai dueño que no puede enajenar sus cosas. Sigue (IIº) la otra, de que hai alguno á quien se permite enajenar cosas de que no es dueño; de lo que tambien nos ofrece dos ejemplos Justiniano, pues 1º el acreedor, á quien el deudor ha dado prenda, no se hace dueño de ella, sino que tiene otro derecho *in re*, diverso del dominio, §. 334.; y sin embargo, no pagando el deudor, puede venderla, para cobrarse de su precio, *L. 8. L. 11. L. ult. ff. De discr. pign.*; sin que el deudor pueda impedir esta venta, á no ser que pague todo el capital de la deuda y sus réditos, *L. 2. C. Debit. vend. pign.*

imp. non posse; porque seria inútil la prenda al acreedor, y no le prestaria ninguna seguridad, si nunca se le permitiese venderla. Mas aunque aquella regla es verdadera en sí, no obstante en el modo de hacer la venta se ha de distinguir, si se agrega á la prenda pacto de venderla, ó el de no venderla, ó si no pactan nada acerca de esto el acreedor y el deudor. (a) *Pacto de vender la prenda* es, cuando el deudor estipula con el acreedor, que si no le paga dentro de cierto tiempo, pueda vender la prenda; y este pacto es lícito. Al contrario, si pactan que de no pagar en el tiempo determinado, adquiera la prenda el acreedor, y se haga este dueño de ella, esto se llama *lei comisoria* ó *pacto comisorio*; y es ilícito y prohibido por la *L. ult. C. De pact. pign.* La razon está á la vista, pues vendiéndose la prenda, no se perjudica al deudor, porque el acreedor le restituye lo que sobra despues de cobrarse: al contrario, si tardando el deudor en pagar, al punto adquiriese la prenda el acreedor *ipso jure*, en gran manera se perjudicaria á aquel, porque las mas de las vezes vale doble la prenda que la deuda. Volvamos á nuestra distincion. Si pues se añade el pacto de vender la prenda, puede venderla el acreedor sin avisar, desde el momento que el deudor tarda en pagar, *L. 4. ff. De pign. act. L. ult. §. 1. C. De jur. dom. impetr. (4).*

(1) En España, cuando al constituirse la prenda se señaló dia para pagar, pactándose que si el pago no fuere hecho, se pueda, en llegando el dia convenido, venderse la prenda; no basta que llegue el dia para que pueda verificarse esta venta,

(b) Si han pactado *que no se venda*, deben preceder tres requerimientos, y concluidos se permite la venta, *L. 4. ff. De pign. act.* (c) Si nada han pactado acerca de este punto, basta un requerimiento, y hecho, aún se ha de esperar por dos años, *L. 4. C. De distr. pign.* En todos estos casos la venta se hace solemnemente, en almoneda pública y por pregon, al mayor precio que se pueda, *L. 4. L. 7. L. 10. C. eod. L. 14. L. 22. §. ult. ff. De pign. act.* Si la cosa halla comprador, al punto se traslada á él el dominio, y no puede el deudor repetirlo, aún ofreciendo el precio, *L. 26. ff. De A. R. D. L. 48. C. De distr. pign.*: si nadie quiere comprarla, es necesario nuevo requerimiento, y hecho, señala el juez dia para el pago. Pasado aquel, se adjudica

sino que en este caso es necesario todavía un requerimiento que se debe hacer al deudor, si estuviere presente en el lugar de la venta, ó á sus domésticos, si estuviere ausente. Mas si el requerimiento es impedido por alguna cosa, podrá entónces el acreedor vender la prenda, no de otra manera que en pública almoneda, *L. 41 tit. 13. Part. 5.* Mas si no ha mediado pacto de vender la prenda, no podrá esta venderse hasta que pasen 12 dias, cuando la prenda consiste en una cosa mueble, ó 30, si consiste en una inmueble; cuyos términos se deben contar desde el dia en que se hizo el requerimiento. Finalmente, si al obligar la prenda, han pactado los contratantes que nunca pueda venderla el acreedor, podrá no obstante ser vendida, sin que se haga caso de semejante pacto, aunque no en cualquier tiempo, sino pasados dos años despues de tres requerimientos, *dicho tit. L. 42.*; y tanto en este caso, como en el anterior, la venta debe hacerse en pública almoneda, *dicha L. 42.*

la prenda al acreedor por cierto precio, pero de manera que dentro de dos años todavía pueda el deudor ofrecer la deuda principal y réditos, y rescatar la prenda, *L. ult. §. 2, 3. C. De jur. dom. impetr.*

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

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

TÍTULO IX.

POR QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR.

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

§. CDLXX y CDLXXI. De este axioma claramente se deduce, 1º que cuanto adquiere nuestro siervo, es para nosotros. Nuestro siervo es cosa, §. 77; por nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469; luego por nuestros siervos adquirimos para nosotros; que es lo que nos proponíamos demostrar. Podrá objetarse que los siervos tenían su peculio, á veces considerable; que tambien tenían sus siervos que llamaban *vicarios*, y