

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

cuanto estos adquirian, era adquirido para aquellos. Mas respondemos, que el peculio del siervo indistintamente era profecticio; el dominio de este peculio, su propiedad y usufructo eran del señor: de manera que al siervo solo se le permitia la administracion, la cual vindicaba el señor, siempre que gustaba, *L. 7. §. 4. ff. De pecul.* Manifiesto tenemos un ejemplo en Terencio, *Phorm. act. 4. sc. 4. v. 5. y sig.*, donde se queja un siervo de que lo que su compañero con dificultad y poco á poco habia reunido de sus gajes ó mesada, todo se lo habia quitado su señor y la mujer de este, sin considerar cuánto trabajo le habia costado el juntarlo. Es pues cierto y constante, que cuanto adquirian los siervos, aún lo que ahoraban á costa de privaciones, todo era adquirido para el señor. De lo que se sigue, 2º que si el siervo tuviese muchos dueños, adquiriria para todos á prorata, esto es, segun la parte de dominio que cada uno tuviese en él, á no ser que adquiriese especialmente por mandado de uno, ó estipulando solamente para uno, §. 3. *Inst. h. t.* De aquí es, que si suponemos, por ejemplo, que Juan, Antonio y Pedro poseen un siervo comun, y que aquel siervo es por mitad del primero, por la cuarta parte del segundo y por otra cuarta parte del tercero; ciertamente, si este siervo comun adquiere con su trabajo ó de otro modo legítimo mil doscientos florines, á Juan se le deben seiscientos, y á Antonio y Pedro trescientos á cada uno. Aunque esta regla sea verdadera, á veces no les tenia cuenta á los dueños adquirir por medio de los siervos;

por ejemplo, si mi siervo adquiria cien perros ó gatos de ningun valor, no podia congratularme mucho con tal ganancia. Por esto distinguian con prudencia los romanos entre el dominio, la posesion y la herencia. El *dominio* lo adquiria el siervo para su señor, aún ignorándolo este, y sin su voluntad, porque carecia de peligro: la *posesion* no, sino sabiéndolo y queriendo el señor, porque á veces es peligrosa; la *herencia* solo mandándolo, por ser la adquisicion mas peligrosa por las deudas que están encubiertas, *L. 44. §. 4. ff. De A. R. D. §. 3. Inst. h. t.* Por lo demas lo dicho hasta aquí es aplicable á los verdaderos siervos, sobre los que tenemos dominio como en las demas cosas. Mas á veces no tenemos al siervo como dueños, sino como usufructuarios, es decir, no nos pertenece la propiedad del siervo sino el usufructo, §. 433. Otras veces tambien sirve á otro de buena fe un hombre libre é ingenuo, aunque esté reducido injustamente á servidumbre, como sabemos sirvió Josef á Putifar. Á la verdad este hombre no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino ingenuo, §. 41, 4. Se pregunta pues, relativamente á los siervos que se tienen en usufructo y se poseen con buena fe, ¿si adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe? Se ha de distinguir, 1º *si adquieren algo con su trabajo*, 2º *ó con cosa nuestra*, ó 3º si les llega á ellos de otro modo. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe: en el tercer caso el siervo fructuario que se posee de buena fe, adquiere para el propietario.

Por ejemplo, á mi hermano se ha legado la propiedad de Pedro, siervo, y á mí el usufructo : si adquiere Pedro cien florines en un arte fabril, son para mí, porque los adquirió con su trabajo; si halla un tesoro en mi fundo, es para mí, porque lo adquirió por medio de cosa mia; si instituido heredero, recibiese mil duros, no los adquiere para mí, sino para mi hermano, porque los tuvo el siervo por otro medio. De este modo todo cuanto Josef, sirviendo á Putifar, adquiriese con su trabajo y con las cosas de su señor, segun nuestro Derecho, seria para el último : al contrario, si fuese instituido heredero, podría retener para sí la herencia, si entónces ya hubiesen existido nuestras leyes, y estuvieran admitidas en Egipto, §. 3. *Inst. h. t.*

§. CDLXXII y CDLXXIII. Del mismo axioma inferimos ademas, que tambien lo que adquiria el *hijo de familia* segun nuestras leyes, era todo para su padre, en cuya potestad estaba ya por nupcias, ya por legitimacion, ó ya por adopcion, pues la patria potestad consistia en el dominio del derecho quiritaro, §. 436; los hijos de familia respecto de su padre no eran personas, sino cosas, §. 435; por medio de nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469; luego tambien adquirimos por medio de nuestros hijos de familia; y esto es lo que teníamos que demostrar. Lo cual es tanta verdad, que Dionisio de Halicarnaso escribe, *lib. VIII*, que *los hijos de familia romanos no tienen nada propio viviendo los padres; ántes la lei de Rómulo puso al arbitrio de los padres los bienes y las perso-*

nas de sus hijos. Lo mismo se halla en Suetonio, *Tib. c. 45.* Tiberio, adoptado por Augusto, en nada obraba como padre de familia, y ni hacia donaciones, ni manumitia, ni admitia mas herencias ni legados que los que recibia como peculio; y por qué? Porque se habia hecho hijo de familias por arrogacion. Mas pareciendo un poco dura esta legislacion, y ablandando poco á poco la rigidez de las antiguas costumbres la humanidad de los tiempos posteriores, se añadió á aquella regla una escepcion, á saber, el *peculio*; y por tanto hoy debe decirse, que cuanto adquiere el hijo de familia es para el padre, esceptuando el peculio; por lo cual es ya preciso que tratemos del peculio.

Peculio viene de *pecus*, que significa rebaño, porque antiguamente consistia en ellos la mayor parte de las riquezas. El que tenia muchos rebaños, era reputado por rico, y por pobre el que tenia pocos. Con el tiempo fué inventada la moneda, á la que en memoria del antiguo modo de vivir se dió el nombre de *pecunia*, de *pecus*; razon por la que en las antiquísimas monedas de los romanos se halla las mas vezes la figura de un buei, cerdo ó de otro animal; y porque lo que dejaban los padres á sus hijos en los primeros tiempos, consistia tambien las mas vezes en ganados, por esto se le llamó *peculio*. En nuestras leyes se define el peculio diciendo, ser el reducido patrimonio que el hijo de familias ó el siervo tienen separado de los bienes paternos ó de su señor, *L. 3. §. 3. seq. ff. De pecul.* Y así un hombre *sui juris* no puede tener nada en peculio,

sino en dominio; mas los que están sujetos á potestad ajena, pueden poseer peculio, como los hijos ó hijas de familia, los siervos y esclavas, y antiguamente aún las mujeres que se casaban, pues por las nupcias entraban en la potestad del marido, §. 146. De este peculio de la mujer hace mencion Plauto, *Casin. act. II. sc. 2. v. 26.* Mas hoy no están las mujeres en poder del marido, y por tanto no tienen peculio. Ya hemos advertido ántes, que el peculio de los siervos es meramente profecticio; resta pues que hablemos del peculio de los hijos é hijas de familia. En nuestras leyes se divide este en *militar* y *pagano*, pues todos los que no militan, se llaman paganos en las leyes romanas. El militar es, ó *castrense* ó *cuasi castrense*: el pagano se divide en *profecticio* y *adventicio*: de cada uno de los cuales vamos á tratar.

§. CDLXXIV y CDLXXV. Peculio *militar* se llama el que se adquiere con ocasion de la milicia; mas habiendo en nuestra jurisprudencia dos clases de milicia, una *armada*, cuando uno milita con las armas y en el ejército, y otra *togada*, cuando uno sirve en los consejos y tribunales, véase la *L. 44. C. De adv. div. jud.*, de aquí es que un peculio es *castrense*, y otro *cuasi castrense*: aquel es el que se adquiere con ocasion de la milicia armada; este el que se adquiere con ocasion de la milicia togada, á la cual pertenecen hoy dia todas las artes liberales; y por tanto no solo se cuentan en ella la jurisprudencia, sino tambien la teología, medicina, matemáticas, filosofía, etc. Mas deben mirarse atenta-

mente las palabras de la definicion, pues no decimos que el peculio castrense y cuasi castrense es el que adquirimos por medio de aquellas dos milicias, sino *con ocasion de ellas*. Luego 4º no solo pertenecen al peculio castrense la paga mensual y las presas cogidas al enemigo, sino tambien lo que el padre empleó en el equipaje del hijo, cuando fué á servir, así como la herencia ó legado que el hijo recibe de su camarada, ó lo que compra con el dinero castrense; pues todo esto se ha adquirido con ocasion de la milicia armada, *L. 41. ff. De castr. pecul. L. 4. pr. ff. L. 4. C. eod.* Igualmente 2º al peculio cuasi castrense no solo pertenece cuanto adquiere el hijo por las artes liberales, por ejemplo, los salarios y honorarios que recibe como abogado, médico, profesor; sino tambien los gastos de los estudios suplidos por el padre, con tal que este los haya dado con ánimo de hacer donacion de ellos, así como los donativos que hace el príncipe ó emperatriz, porque se entienden hechos por la escelencia del ingenio y un elevado mérito. Todas estas cosas pertenecen al peculio cuasi castrense, porque son adquiridas con ocasion de la milicia togada, *L. últ. C. De inoff. testam. L. 7. C. De bon. quæ lib.*

§. CDLXXVI y CDLXXVII. Tal es el peculio militar: cuanto adquiere el hijo fuera de la milicia, pertenece al peculio *pagano*. Y ciertamente si llega algo al hijo por medio de las *cosas del padre*, ó *por consideracion* de este, se llama peculio *profecticio*; y si llega al hijo de otra parte que del padre, por ejemplo, de la madre ó

de un estraño, se llama *adventicio*; al cual se refiere tambien quanto adquiere el hijo por su propio trabajo, como por las artes mecánicas, por ejemplo, por la zapatería, carpintería ú otro oficio ó manufactura; y tambien lo que adquiere por beneficio de la fortuna, por ejemplo, hallando un tesoro en terreno de otro etc. §. 4. *Inst. h. t.* Todo esto es claro, excepto el que referimos al peculio profecticio lo que vino al hijo por consideracion de su padre. Mas esto debe entenderse de suerte que si un estraño da ó lega algo á un hijo, pero por los méritos de su padre, todo esto pertenece al peculio profecticio, igualmente que si proviniese del padre. Por ejemplo, si defendiese yo en el foro á un amigo, este me ofreciese un honorario, yo lo rehusase, y aquel diese á mi hijo lo que me tenia destinado; perteneceria esto al peculio profecticio de mi hijo, del mismo modo que si yo se lo hubiese dado, porque le llegó á él por consideracion mia.

§. CDLXXVIII. Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, cuasi castrense, profecticio y adventicio: llegamos ya á los derechos de cada uno, y por tanto se ha de examinar, qué derecho tiene el hijo en cada uno de ellos, y cuál compete al padre; lo que se explicará por medio de algunas reglas. *El peculio castrense y cuasi castrense es del hijo en pleno derecho, pr. Inst. Quibus non est perm. fac. test.* (1) Esta regla no se observaba todavía en tiempo de la re-

(1) Así lo disponen tambien las *leyes 6. y 7. tit. 17. Part. 4.*

pública libre, porque entónces todo ciudadano estaba obligado á servir en la milicia cierto número de años, y por tanto no era necesario estimular á la juventud con grandes privilegios para alistarse en ella. Pero Augusto, conociendo bien que la milicia escogida convenia á la república libre, mas no á la monarquía, fué el primero que estableció la milicia mercenaria, y condujo á los soldados por un estipiendio á todas partes. Para que los hombres se alistasen con mas gusto en las banderas, se fueron concediendo desde aquel tiempo varios privilegios á los soldados, y entre ellos el de adquirir para sí en pleno derecho el peculio castrense, aunque fuesen hijos de familia. Este privilegio de los militares estaba ya vigente bajo Vespasiano, sobre lo que habla Juvenal, *sat. XVI. v. 52. Ademas de esto, solo los militares tienen el derecho de testar viviendo su padre, pues lo que se adquiere en la milicia, no se empadrona en el cuerpo del censo, donde solamente se inscriben los bienes que maneja por entero el padre.* Poco despues, en los tiempos de Adriano y Antonino Pio, se extendió tambien este derecho al peculio cuasi castrense, como demostrámos en las *Ant. rom. h. t. §. 2. p. 334.* De esta regla pues se deduce claramente, 1º que el padre no tiene en estos peculios, ni la administracion, ni el usufructo, ni el dominio, sino que el hijo reúne todos estos derechos. 2º Que el hijo respecto á uno y otro peculio se tiene por padre de familias, *L. 2. ff. De SCto. maced.*; y por tanto, 3º acerca de él puede hacer testamento, y disponer entre vivos; y por consi-

guiente donar, vender y enajenar por cualquier otro título, no pudiendo en los demas casos el hijo de familia testar viviendo el padre, aunque este espresamente se lo permita, *L. 6. pr. ff. Qui test. fac. poss.: pr. Inst. Quibus non est perm. test. fac.*

§. CDLXXIX. Acerca del peculio profectio sigue ya la regla IIª: *es del padre en pleno derecho, y por tanto el hijo no tiene en él sino la administracion*, para que ejercite su industria, §. 1. *Inst. h. t.* (1) La razon es clara: el hijo respecto del padre no es persona, §. 435, por lo cual el padre y el hijo en los negocios privados se consideran como una persona, §. 439. 6: no pudiendo pues una persona pactar consigo misma, §. 439. 7, es consiguiente que el padre no puede hacer donacion al hijo, §. 458. 2. Si el padre no puede hacer donacion al hijo, tampoco puede trasferirle el dominio de la cosa que le da; luego queda dueño el padre de las cosas que entrega al hijo; que era lo que se habia de demostrar. Teniendo pues el padre en este peculio el dominio y el usufructo, podria alguno creer que aquel era manifestamente inútil al hijo. Con todo no dejaba de serle de alguna utilidad, pues 1º si el padre cometiese delito tan enorme que se confiscasen sus bienes, como suele hacerse si uno es condenado por el crimen de estado ó lesa majestad, *L. 5. C. ad leg. jul. maj.*, entónces no se quita al hijo este peculio,

(1) Véase la *L. 5. tit. 17. Part. 4.* que sienta la misma doctrina.

aunque tambien pertenezca á los bienes de los padres, *L. 3. §. 4. ff. De minor.* 2º Si el padre emancipa al hijo, y no le quita espresamente aquel peculio, lo que en verdad puede, si quiere, entónces lo adquiere el hijo en pleno derecho, *L. 31. §. 2. ff. De donat.*

§. CDLXXX y CDLXXXI. Mucho mas útil es al hijo el peculio adventicio, acerca del cual se ha de notar esta regla IIIª: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre*, §. 1. *Inst. h. t.* (1). Luego en este tiene algo ordinariamente el padre; á saber, el usufructo y la administracion; y algo tambien el hijo, á saber, la propiedad. Así, por ejemplo, si el hijo tiene veinte mil duros de bienes maternos, y de réditos se perciben mil en cada año, estos son del padre, y el capital del hijo. Dijimos que *ordinariamente* se observa esto, porque á veces no sucede así; y de aquí es que

(1) « La segunda es, lo que el fijo de alguno ganase por obra « de sus manos, por algun menester, ó por otra sabiduría que « hobiese, ó por otra guisa, ó por alguna donacion que le diese « alguno en su testamento, ó por herencia de su madre, ó de « alguno de los parientes della, ó de otra manera, ó si fallase « tesoro, ó alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias « que ficiere el fijo por cualquier de estas maneras, que non « saliesen de los bienes del padre, nin de su abuelo, debe ser « la propiedad del fijo que las ganó, é el usufructo del padre « en su vida, por razon del poderio que há sobre el fijo. » *L. 5. tit. 17. Part. 4.* Si el padre emancipara á su hijo, tendria que darle la mitad del usufructo de este peculio, y ha de dárselo por entero desde el momento que se case.

este peculio adventicio se divide en *ordinario* ó *regular*, cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; y *extraordinario* ó *irregular*, cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto se verifica en cuatro casos: 1º si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2º si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3º si el padre y el hijo son coherederos, lo que acontece cuando muriendo uno sin hijos deja hermano y padre. Por ejemplo (*lám. 1. fig. 42.*), muriendo el segundo, le heredan el primero, que es el padre, y el tercero que es el hermano; y si dejase veinte mil duros, el padre recibirá diez mil, y el hermano otros diez mil; pero en estos no tendrá el padre el usufructo. 4º Si el padre maneja los bienes del hijo dolosamente, pues entonces pierde el usufructo. Esto pudiera hacer á alguno pensar que no hai ninguna diferencia entre el peculio castrense y quasi castrense, y el adventicio irregular; no obstante se diferencian mucho, pues en el castrense y quasi castrense el hijo está en el lugar de padre de familia, y por esto dijimos que puede hacer testamento, lo cual no puede hacer en el peculio adventicio extraordinario, aunque tenga el dominio.

§. CDLXXXII. Resta preguntar, si podemos adquirir por otro mas que por el hijo y el siervo; lo cual se niega segun nuestro mismo axioma, §. 469. Para esto debe tenerse presente la regla de que *no puede adquirirse cosa alguna para el que no interviene en un trato*. De aquí es, por ejemplo, que si yo estipulase:

das cien reales á mi hermano? y otro respondiese que *los daría*, por esta promesa, ni yo ni mi hermano tendríamos ninguna accion. No la tendría yo, porque nada se me prometió á mí; no mi hermano, porque con él no se contrajo la estipulacion. Véase el §. 4. *Inst. De inut. stipul.* No obstante, pudiendo uno mandar á otro que haga esto ó aquello, con razon se ha establecido la regla de que *por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado, podemos adquirir el dominio y la posesion*, §. 5. *Inst. h. t.* (1). El mandato es causa de que se entienda que hacemos nosotros mismos lo que hacemos por medio de otro. De aquí es, por ejemplo, que si mandé á mi hermano que comprase para mí un edificio, el dominio y posesion de este, con tal que mi hermano lo ocupe, serán para mí, igualmente que si yo mismo lo hubiese comprado y tomado posesion.

TÍTULO X.

DEL MODO DE HACER TESTAMENTO.

§. CDLXXXIII — CDLXXXV. Sigue ya la hermosísima materia de testamentos, cuyo enlace con los anteriores

(1) Tambien en España se adquiere la obligacion por medio de procurador, segun la *L. 1. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.*, aunque por Derecho antiguo disponia otra cosa la *L. 7. tit. 11. Part. 5.*