



HEINECCI

RECITACIONES



3

INQUI

103145

E4

RA 1847 D

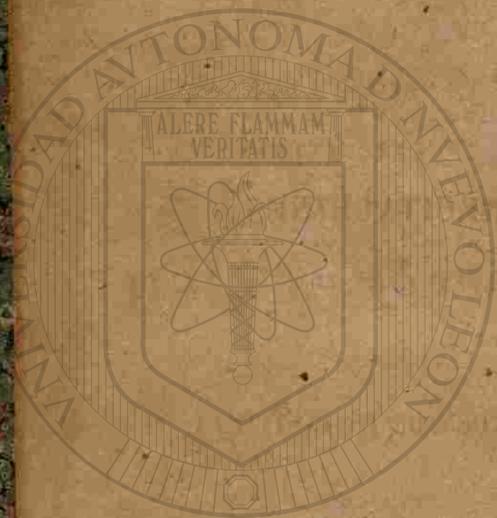
v.3

77856



1080032713

LIBRARY  
UNIVERSITY OF TORONTO



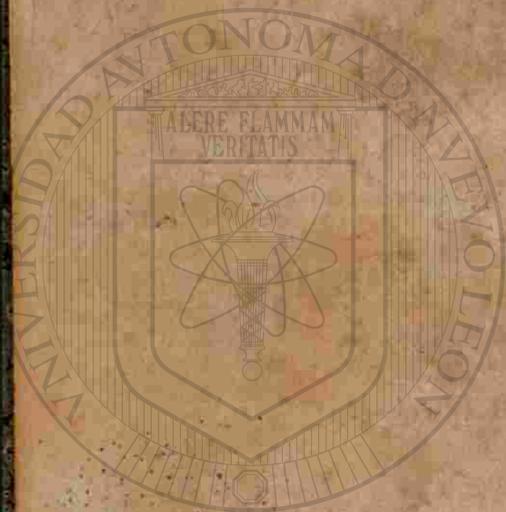
RECITACIONES  
DEL DERECHO CIVIL

SEGUN  
EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA:

*DR. J. J. J. J.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IMPRESA DE CLAYE, TAILLEFER Y C<sup>o</sup>,  
calle de San-Benito, nº 7.

RECITACIONES  
DEL DERECHO CIVIL

SEGUN

EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA,

POR J. GOTTL. HEINECCIO.

TRADUCCION DE DON VICENTE SALVÁ.

REVISADA DE NUEVO

POR DON VICENTE SALVÁ.

SEGUNDA EDICION,

MUY MEJORADA EN LO TOCANTE AL DERECHO ESPAÑOL.

TOMO TERCERO.



PARIS,

LIBRERÍA DE DON VICENTE SALVÁ,

CALLE DE LILLE, nº 4.

1847.

77856



FONDO  
ABEJARDO A LEAL LEAL



DIRECCIÓN GENERAL

CONTINUACION

DEL

## LIBRO TERCERO.

### TÍTULO XVI.

#### DE LAS OBLIGACIONES VERBALES.

§. DCCCXXVII y DCCCXXVIII. Habiendo ya tratado de los contratos reales, siguen ahora los verbales (1),

(1) Aunque por el Derecho romano las obligaciones no se podían contraer de otra suerte que mediante estipulación, la cual era un contrato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades, como eran pregunta y respuesta, congrua presencia de los contrayentes, y otras aún más escrupulosas; nuestro Derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulación, y que derivándose semejantes obligaciones, y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca quiso obligarse, sin que pueda oponerse, que no intervino estipulación, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano, *L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Novísima*, que corrige la *L. 2. tit. 11. Part. 5.* De aquí se colige

en los cuales para producir obligación nada se requiere mas que palabras solemnes. Sabido es que por Derecho nuevo no hai mas que un contrato de esta clase, y que por el antiguo habia tres: estipulación, señalamiento de dote, y la promesa jurada de obras ó servicios hecha al patrono. Despues hablaremos de la estipulación, y ántes diremos, que *señalamiento de dote* era la soemne declaración del suegro en que manifestaba cuánta dote habia de dar; á la que se seguia la aceptación del yerno. Esto se colige del pasaje de Terencio en su *Andria, act. V. scen. VI. v. 47.*, cuando habiendo dicho Crêmes: la dote, Pánfilo, asciende á diez talentos;

que el pacto ó promesa es un contrato, por el cual una persona promete á otra hacer alguna cosa, en que convienen con intencion de obligarse, *L. 1. tit. 11. Part. 5.* Para que el prometedor quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aún atendido nuestro Derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se espese con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligación por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion; lo que no induce obligación, por faltar la voluntad de obligarse. No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espesas de promesa, sino que basta que sean equivalentes y que parezca que quiso obligarse, y así aún la *L. 2. tit. 11. Part. 5.*, que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde de un modo indeterminado, ó solo moviendo la cabeza ó haciendo otra señal, no queda obligado, como si dijese *prometo.*

á que responde Pánfilo: la recibo; añade el escoliasta: *si no hubiera dicho, la recibo, no habria dote. La donacion se confirma por la aceptación, y no puede parecer dado aquello que no ha sido aceptado.* De donde se deduce la diferencia que hai entre la dición ó el señalamiento de dote, y la donacion y la promesa, pues la dote se daba, cuando se depositaba en poder de los áugures, y se prometia por una verdadera estipulación (1). Véase nuestras *Ant. rom. lib. 2. tit. 8.*

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

§. 4. *La promesa jurada de obras* consistia en no ser el siervo manumitido ántes de prometer con juramento, contribuir despues de la manumision al patrono con

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

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

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

ciertos trabajos fabriles, atenciones y regalos. Promettian con juramento, porque entre el señor y el siervo

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

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

no podia mediar estipulacion; y entónces el pretor no declaraba libre al siervo por vindicta, á no ser que de nuevo prometiese. Pero así la diction de la dote, como la promesa de obras, no están ya en uso; por lo cual hablaremos solamente de la estipulacion.

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

§. DCCCXXX y DCCCXXXI. Pasemos ahora á las divisiones. La estipulacion ó es *cierta* ó *incierta*, puesto que se dice que promete cosa cierta el que promete especie ó cantidad, y cosa incierta el que promete en tales términos, que no aparece cuánto es lo que entra en la estipulacion, *L. 73. pr. ff. De verb. obl.*; lo cual sucede, siempre que se ha prometido algun género ó hecho. Ademas las estipulaciones ó se hacen *puramente*, ó *bajo condicion*, ó *hasta cierto dia*. Pero como ya se ha tratado de esto, cuando hablamos de los legados, no hai para qué repetirlo aquí.

§. DCCCXXXII y DCCCXXXIII. Pasemos mas bien á los

axiomas acerca de las estipulaciones, que vamos á esponer en estos dos párrafos. 1º Cuando se ha añadido una condicion posible, el dia no empieza ni viene sino existiendo la condicion; cuando se ha prometido puramente, el dia empieza y viene al instante. Este axioma es fácil en sí mismo. La condicion suspende el negocio; pero donde no existe condicion, el efecto de la condicion no puede suspenderse. No obstante la última parte del axioma debe entenderse civilmente, de suerte que al prometedor le quede el espacio de tiempo necesario para proporcionar la cosa. 2º La condicion imposible vicia la estipulacion. La razon de este axioma la dimos en el §. 549., y es, que del que consiente en semejante condicion, se debe creer ó que está loco, ó que se chanea. 3º En la promesa desde cierto dia, el dia ha empezado ya, pero no se cumple hasta que llega el dia. Y sin embargo no por eso se deben intereses por razon de la morosidad, á no haberse prometido especialmente, porque este es un contrato de derecho estricto. 4º Si se ha prometido hasta cierto dia, por ejemplo hasta diez años, la obligacion es perpetua por derecho estricto; pero no obstante se destruye con la escepcion de dolo malo; y la razon es, porque en los contratos de derecho estricto los pactos añadidos no entran en la naturaleza del contrato, sino que solo producen escepcion. 5º El dia incierto que no sabemos si llegará, se tiene por condicion; porque la cosa se suspende lo mismo por un suceso incierto que si fuese prometida bajo condicion. ¿Qué importa en efecto que

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

miento este derecho. Así es de poca fuerza la razon que en contra dan algunos, fundándose en que el afecto para con el heredero, no es menor que el afecto para con el estipulante. 40º Nadie puede obligar á otro con su promesa, ó estipular para otro, §. 45. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es el haberse inventado la estipulacion para confirmar las obligaciones, §. 829.; y ninguna estipulacion ni obligacion pasa de la persona, ni produce obligacion ni accion respecto de un tercero, §. 768.

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

(1) En España, siempre que se hacen promesas ó pactos,

§. DCCCXXXVI y DCCCXXXVII. Como esta acción se da tambien para prestar un hecho, se suscita aquí la cuestion, de si es cierto lo que se dice vulgarmente, que el prometedor de un hecho no puede ser obligado á prestarlo, y que queda libre satisfaciendo lo que importe. Tal es la opinion del vulgo de los juriscultos; pero son del parecer contrario algunos pocos, mui distinguidos, á saber, Cujacio, Corasio, Hubero y Tomasio, que publicó una disertacion particular sobre este punto. Comunmente se fundan en la *L. 72. De V. O. L. 73. §. fin. De re jud. L. 72. §. 2. De cond. et demonstr.* y en la *L. 2. ff. De lib. hom. exhibend.* Pero el que consultare estos testos, al instante echará de ver,

puede ponerse por los contrayentes alguna pena, para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser ó convencional ó judicial. Convencional es la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse, si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente, para que el prometedor pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa, *L. 35. tit. 11. Part. 5.* La pena judicial es la que se pone sobre promesa hecha en juicio, v. gr. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que le hará comparecer en juicio bajo cierta pena, *L. 36. tit. 11. Part. 5.* Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta según Derecho, *L. 38. tit. 21. Part. 5.*, si no es que la nulidad de la promesa, ó su defecto de valor, provenga de ser opuesta á las buenas costumbres, ó de ser usuraria, *L. 40. tit. 11. Part. 5.*, ó de estar hecha por medio de fuerza ó engaño, *L. 28. tit. 11. Part. 5.*

que en ellos no se concede al prometedor la facultad de librarse de la obligacion prestando el importe, sino que se da al estipulante el arbitrio de obligar á que se preste el hecho, ó pedir su importe. Objetan ademas, que Justiniano en el §. *últ. Inst. h. t.* recomienda al estipulante de un hecho el que al mismo tiempo estipule una pena convencional. Pero esto no se funda en que nadie puede ser obligado al hecho, sino en que las mas vezes es incierta la estimacion de este hecho, y la prueba por consiguiente difícil, si se quiere pedir el importe.

§. DCCCXXXVIII. [Segun lo manifestado en las notas á los párrafos anteriores, en España no hai diferencia entre pactos, promesas y estipulaciones por la *L. 4. tit. 1. lib. 40. Nov. Rec.*, la cual previene quede obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, de cualquier modo que fuere.]

## TÍTULO XVII.

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

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

4º La regla es esta : *cuando dos ó mas se obligan, cada uno de ellos se obliga á prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada uno se debe á prorata.* De aquí es, por ejemplo, que si yo y mi hermano prometemos ciento, cada uno de nosotros debe cincuenta; y si á mi hermano y á mi se nos ha prometido ciento, tambien se nos debe á cada uno cincuenta, pues la obligacion entre muchos prometedores y estipulantes se divide entre ellos *ipso jure*. En esto consiste la regla.

§. DCCCXL y DCCCXLI. 2º Pero esta regla tiene una escepcion, á saber, si la obligacion es co-real, porque entónces cada uno de ellos debe el todo, y á cada uno se le debe el todo. Si pues preguntamos quiénes son *reos ó co-reos*, se responderá : todos los que prometen *en el todo*, ó estipulan *el todo* de otro para sí. Si prometen *en el todo*, se llaman *reos de prometer* : por ejemplo, nosotros, Ticio y Seyo, prometemos los dos por uno, y el uno por los dos, y por tanto cada uno *en el todo*, que pagaremos ciento. Si dos estipulan para sí la misma cosa *en el todo*, se llaman *reos de estipular* : por ejemplo, prometo á Ticio y Seyo, á los dos como al uno y al uno como á los dos, y por tanto á cada uno de ellos *en el todo*, que yo daré ciento. Suele preguntarse, ¿por qué se llama aquí reo á uno y otro, siendo así que nada se pide al estipulante, sino al prometedor? Mas respondo, que aquí no se llama reo aquél á quien se pide, sino la persona contrayente; y el estipulante y prometedor contraen. El origen del vocablo viene de la palabra *res*, cosa, como observó Festo

en la voz *reus*; y de aquí se infiere por qué los contrayentes se llaman reos, y es porque consintieron en prestar y entregar la misma cosa.

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

§. DCCCXLV y DCCCXLVI. Esto acerca de las definiciones de los co-reos, y de los modos de introducir su obligacion. Ahora toca ver sus efectos. El 4º de ellos es

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

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

§. DCCCXLVII. Podria alguno preguntar, si uno de los co-reos ha conseguido el todo, ¿qué acción tiene entónces el otro para lograr su parte? Se responde que se ha de distinguir, si estos co-reos de estipular son ó no socios. En el primer caso interponen entre sí la acción de sociedad, porque esta compete para comunicar el daño y el lucro: en el último no tienen ninguna acción. No *la de mandato*, porque aquel á quien se le debe el todo, no obra por otro sino por sí mismo, no *la de agencia de negocios*, porque no maneja negocios de otro, sino los suyos; ni tampoco tienen la *acción de lo estipulado*, porque aquella estipulacion no se verifica entre los co-reos, sino entre estos y el deudor. De lo que se deduce que por Derecho romano no les resta ninguna acción, sin embargo de que les quedaba el amparo del oficio del juez, para que uno no se enriqueciese con perjuicio de otro. Y así se decidió esto espresamente en la *L. 62. pr. ff. Ad L. falcid.*

## TÍTULO XVIII.

## DE LAS ESTIPULACIONES DE LOS ESCLAVOS.

§. DCCCXLVIII y DCCCXLIX. Nada ocurre aquí, que no debamos saber por lo dicho en el título *por medio de que personas adquirimos*. Allí sentámos el principio de que se adquiere por medio de nuestras cosas: estando pues tambien los siervos en la clase de cosas

nuestras, es consiguiente que tampoco por la estipulación adquieren nada para sí, sino todo para el señor. De este fundamento nacen ahora las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> estipulando el siervo, adquiere para su señor ya estipule para sí, ó para aquel, ó impersonalmente, ó con algun siervo. Impersonalmente se estipula si dice: se darán ciento? Siempre es para el dueño el lucro de lo que se ha prometido así, porque el siervo no puede tener nada propio. 2.<sup>a</sup> Estipulando un siervo comun, adquiere para todos los dueños á prorata del dominio; y por tanto, si uno tiene el sestante del dominio y otro el deuce, con la misma proporción se dividirá tambien entre ellos la suma prometida. Sin embargo se exceptúa el caso en que el siervo estipule para uno de los dueños especialmente y por su mandado. 3.<sup>a</sup> El siervo hereditario adquiere para la herencia; pues aunque la herencia yacente no tiene dueño, se finge no obstante que representa la persona del difunto, y por tanto tambien se adquiere para ella por medio de los siervos.

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

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

## TÍTULO XIX.

## DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

§. DCCCLII y DCCCLIII. Arriba vimos varias divisiones de las estipulaciones, §. 850 y sig.; pero resta ahora una, que se examina particularmente en este título. De las estipulaciones unas son *pretorias*, que se celebran ante el pretor de oficio; otras *judiciales*, que provienen del oficio del juez pedáneo; otras *comunes*, que puede exigir bien el pretor, bien el juez pedáneo; otras últimamente *convencionales*, que intervienen entre los particulares á su arbitrio. De las convencionales pueden ser innumerables las especies, pues como arriba dijimos, no se verificaba ningun negocio de compra, de locacion, de dote, ni otro alguno, á que no se acostumbrase agregar la estipulación, como el principal fundamento de las demas obligaciones. Lo que demostró con mil ejemplos Brissonio *De formulis rom.* Las tres primeras toman un nombre singular, y se llaman *cauciones*, de que se tratará ahora de propósito.

§. DCCCLIV. La primera caucion pretoria es la del *daño no hecho*. Se dice daño no hecho, porque aún

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

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

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

§. DCCCLVI. Estas eran las estipulaciones pretorias: siguen las judiciales, que antiguamente mandaba prestar el juez pedáneo, no el pretor ni otro magistrado. Tal es la caucion de *dolo malo*, que se hace necesaria, cuando se litiga sobre la restitucion de alguna cosa, por ejemplo, entablada la vindicacion de la cosa, ó la condiceion furtiva; pues entónces, si durante el juicio aparece que el poseedor usa mal de la cosa, deteriorándola de tal modo que perezca, y que no la podrá restituir íntegra, sino como en esqueleto; el juez pedáneo, pidiéndolo el actor, manda afianzar que el poseedor entregará la cosa sin dolo ni detrimento, si se le condena en la sentencia, *L. 20. L. 34. ff. De rei vind.*, *L. 45. ff. De pign. act.*

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

tuirle, disuelto el matrimonio, dice que se ha fugado; pues entónces debe afianzar el marido, que le perseguirá á fe de buen varon, y le entregará, *L. 25. §. 3. ff. Solut. matr.*

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

§. DCCCLIX. Dijimos que eran *comunes* las estipulaciones, que se mandaban interponer igualmente por el pretor que por el juez, y de estas se refieren dos en este párrafo: 1.<sup>a</sup> *la caucion de que se conservarán salvas las cosas del pupilo*; la cual prestan los tutores legítimos y los dados por los magistrados menores; no los testamentarios, cuya confianza aprobó el testador, ni los dados por los magistrados mayores, porque la pesquisa de estos tenia el valor de caucion: de este asunto se trató en el §. 279. Mas se pregunta ahora, ¿cuándo exige esta caucion el pretor, y cuándo el juez? El pretor la exige, siempre que se constituye el tutor al principio, aunque no se suscite pleito sobre ello. Mas el juez pedáneo manda afianzar, si, por ejemplo, el tutor reconviene al pupilo por la accion contraria de *tutela*, y el pupilo le pone la objeccion de que nunca

afianzó que le quedarian salvas sus cosas. Entónces todavía se le mandará afianzar, *L. 43. pr. ff. De tut. dat.* II.<sup>a</sup> *La caucion de válido* la presta el procurador, pero no todos; por lo cual se ha de notar esta distincion: ó manifestamente no tiene el procurador ningun mandato, ni verdadero ni presunto, (en cuyo caso es claro que no es admitido, aunque quiera prestar caucion, porque es un falso procurador, *tit. ff. De eo quod fals. tut. auct.*) ó el procurador tiene verdadero mandato, (en cuyo caso tambien es claro que no necesita caucion), ó tiene mandato verdadero, pero defectuoso, ó solamente presunto. Por ejemplo, si el marido obra en juicio por la mujer, ó el hijo por el padre, entónces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, como puede verse en todo el *tit. ff. Rem. rat. hab.* Si esta caucion se exige ántes de la contestacion del pleito, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX y DCCCLXI. Últimamente siguen las cauciones ó estipulaciones *convencionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. La estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios: de aquí es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion, y por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. De contr. empt.* Plauto, *Epid. act. 3. scen. 4.* A nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas; por ejem-

plo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 41. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladrón, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 45. ff. De novat.*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptilaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los juriscultores ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

## TÍTULO XX.

## DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman también inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1<sup>o</sup> por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2<sup>o</sup> Por las cosas que entran en la estipulación, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposición

y arbitrio, §. 867 y 868. 3<sup>o</sup> Por no guardar la forma de la estipulación, §. 869-874.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1<sup>o</sup> *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulación ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y por tanto hacen peor su condición. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condición, §. 251, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestión: ¿se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapaces de obligación civil; pero aún cuando esto sea muy cierto respecto del pupilo, con todo los menores también se obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hubero en su *Diss. phil. jurid. B. diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L. 401. ff. De V. O.* se dice, *que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulación sin el consentimiento de los curadores*, ¿quién negará que en este lugar no se entiende la obligación natural, sino la civil? Verdad es

plo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 41. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladrón, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 45. ff. De novat.*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptilaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los juriscultores ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

## TÍTULO XX.

## DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámanse estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman también inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1<sup>o</sup> por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2<sup>o</sup> Por las cosas que entran en la estipulación, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposición

y arbitrio, §. 867 y 868. 3<sup>o</sup> Por no guardar la forma de la estipulación, §. 869-874.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1<sup>o</sup> *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulación ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y por tanto hacen peor su condición. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condición, §. 251, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestión: ¿se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapaces de obligación civil; pero aún cuando esto sea muy cierto respecto del pupilo, con todo los menores también se obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hubero en su *Diss. phil. jurid. B. diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L. 401. ff. De V. O.* se dice, *que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulación sin el consentimiento de los curadores*, ¿quién negará que en este lugar no se entiende la obligación natural, sino la civil? Verdad es

que de la estipulación no nace obligación natural, sino civil. (b) Ni se infiere otra cosa de la *L. 43. De O. et A. L. 9. §. 4. ff. De jurejur.*, donde dice el jurisconsulto que pueden los menores prestar juramento; lo cual no puede hacer sino el que tiene libre facultad de disponer y obligarse. (c) Se manifiesta esto de que los menores tienen restitución *in integrum*. Porque ¿qué necesidad tenían de restitución si no estaban obligado civilmente y con efecto? 2º El otro axioma que aquí notamos es, *que toda estipulación requiere dos personas*, una estipulante y otra prometedora, pues la estipulación es un contrato, y contrato es el consentimiento de dos ó mas sobre una misma cosa. De esto se deduce claramente (a) que no puede haber estipulación entre el padre y el hijo (1), porque jurídicamente son una persona, y no dos, §. 439. 6, (b) ni entre el dueño y el siervo, que también están ligados por el vínculo de potestad. Y ciertamente, no siendo el siervo por Derecho romano persona, es evidente que mucho ménos, negociando el dueño y el siervo, pueden considerarse como dos personas. (c). Últimamente es digno de obser-

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

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

§. DCCCLXV y DCCCLXVI. El tercer axioma es: *ninguno puede estipular para otro mas que para sí mismo*. La razon de este axioma se da en el §. 49. *Inst. h. t.*, diciéndose, *que se han inventado las estipulaciones ú obligaciones, para que cada uno adquiera para sí lo que le convenga. Por lo demas, si se da algo á otro, esto no es del interés del estipulante*. Pero no es menester que vayamos tan adelante: basta decir, que esto se deriva de la misma naturaleza de la obligación, la cual es un vínculo del Derecho, por el que somos compelidos á pagar alguna cosa, §. 768. Y de esta definición se sigue inmediatamente que la obligación no sale de la persona: si no sale de la persona, ninguno puede pedir lo estipulado sino aquel que estipuló; y por tanto ninguno puede estipular sino para sí mismo; que es lo que se queria demostrar. Ahora fácilmente se entenderán los siguientes axiomas: (a) el padre no puede estipular para el hijo, á no ser heredero, *L. 47. §. 4. L. 33. ff. De pactis*; pues aunque semejante estipula-

cion sea útil al padre estipulante, no lo es sin embargo al hijo, porque este no adquiere nada, viviendo el padre. Mas aprovecha al hijo heredero, porque entónces este sucede en todos los derechos del difunto. (b) Si alguno ha estipulado copulativamente para sí y para Ticio, solo vale la estipulacion respecto de la parte del estipulante, pues el otro no adquiere ningun derecho por la estipulacion de un tercero; §. 4. *Inst. h. t.* (c) Si alguno estipula para sí ó para Ticio disyuntivamente, vale la estipulacion, de manera que el prometedor se obliga solo al estipulante, quedando sin embargo dueño de pagar á este ó á Ticio. Esto proviene de la regla de interpretacion, segun la cual *las palabras se han de interpretar de modo que tengan efecto*. Y puede semejante estipulacion tener efecto, si suponemos que el estipulante estipula para sí, pero que trasfiere el pago á Ticio. (d) Bien puede el tutor estipular con el contutor que administra la tutela, que quedarán salvas las cosas del pupilo, pues no tanto estipula para el pupilo como para sí, porque si el contutor administra mal los bienes, no solo es el peligro para él, sino que tambien pertenece al contutor: y cuando á nosotros nos resulta interes, tambien podemos estipular para otro, §. 20. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII y DCCCLXVIII. Hacen inútil la estipulacion las cosas que entran en ella, 1.º ó porque no están en el comercio, por ejemplo, si uno promete un templo; 2.º ó porque manifiestamente no existen ni pueden existir, por ejemplo, si uno promete un fauno, un

sátiro, un centauro. Mas las cosas que pueden existir, aunque verdaderamente no existan, pueden prometerse útilmente, por ejemplo, la vendimia del año que viene, *L. 73. ff. De V. O.* Se ha de observar de paso, que en las *Inst. §. 4. h. t.*, se leen las siguientes palabras: *si quis rem que in rerum naturá non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit*. Pero aut se toma allí por *et* como otras muchas veces, *L. 53. ff. De V. S.*, y así se traducirá: *si alguno estipulase que daría una cosa que no existe, ni puede existir, etc.* Tambien estipulamos inútilmente, 3.º cuando ya son nuestras las cosas que se nos prometen. ¿Cómo puede dárse nos ni hacerse nuestro lo que ya nos pertenece? 4.º Porque las cosas sean torpes ó imposibles. Á la verdad las cosas torpes tambien son imposibles moralmente, como mui bien y elegantemente observa Papiniano, *L. 45. ff. De condit. instit.*, y no hai ninguna obligacion para las cosas imposibles. 5.º Porque se prometa un hecho ajeno, pues nadie puede prestarlo. Sin embargo se ha de distinguir, si uno prometiese un hecho meramente ajeno, ó que él lograria que otro lo hiciese, ó últimamente, si se obligase á la indemnizacion. En el primer caso la promesa es inútil: en el segundo es útil, pero el prometedor se libra, si prueba que por su parte hizo lo que pudo, porque ninguno está obligado á cosas imposibles, *L. 485. ff. De R. J.* En el último caso está obligado indistintamente, aunque pruebe que no dejó piedra por mover, pues se obligó á sí mismo, y no á otro.

§. DCCCLXIX — DCCCLXXI. En tercer lugar, se halla vicio tambien en la estipulacion respecto de la forma; lo cual la hace inútil. La forma de la estipulacion consiste, 1º en el consentimiento de los contrayentes; 2º en la conformidad entre la respuesta y la pregunta; y 3º en las palabras proferidas vocalmente estando uno y otro presentes. Si faltase alguna de estas tres cosas, no existe estipulacion. Colegimos pues del primer requisito, que todas las estipulaciones son inútiles, 1º cuando el prometedor y el estipulante no convinieron en lo mismo; lo que sucede por error en la cosa ó en la persona, pues si solo se yerra en el nombre ó en un punto accidental, es útil la estipulacion. 2º Cuando estipula ó promete uno bajo de condicion imposible, pues entónces consienten á la verdad los contrayentes; pero al mismo tiempo muestran, ó que se burlan, ó que no están en su juicio; y en uno y otro caso no pueden contraer. De aquí se deduce ahora fácilmente, por qué la condicion imposible vicia el contrato, §. 41. *Inst. h. t. L. 31. De obl. et act.*, teniéndose por no escrita en los testamentos. Pero ya se satisfizo á esto, cuando se trató de los legados, §. 832. 3. Del segundo requisito se infiere, que no puede resultar obligacion, si uno responde otra cosa distinta de lo que se le ha preguntado; de suerte que entónces no vale la estipulacion, ni aún en la suma en que se convino; como si se prometiese ménos de la cantidad que se pedia. Pues aunque la parte se contenga en el todo, *L. 413. ff. De R. J.*, sin embargo existe un testo espreso en el §. 5. *Inst. h. t.*,

que se ha de notar contra los que disienten de esta opinion. Pero si se piden dos cosas diversas, y se promete una, el prometedor estará obligado respecto de esta, §. 48. *Inst. h. t.* Últimamente inferimos del tercer axioma, que no puede intervenir ninguna estipulacion entre los ausentes. Por tanto en vano estipulará uno por cartas, por un comisionado ó procurador, pues la estipulacion es un contrato verbal de tal naturaleza, que se han de proferir de viva voz las palabras solemnes. Sin embargo, si existe escritura ó instrumento en que se dice que hubo estipulacion, se tiene por verdadero, hasta que se pruebe lo contrario. De aquí la regla de los doctores que dice, que á favor de la escritura existe la presuncion de la verdad y solemnidad; cuyo fundamento está en el §. 47. y 21. *Inst. h. t.* Por lo demas esta regla presta grande utilidad, no solo en las estipulaciones, sino tambien en los testamentos, y en todos los demas instrumentos; y por esto la esplican estensamente Mascardo, Menoquio, Fulvio Paciano, y otros que escribieron de las presunciones.

## TÍTULO XXI.

## DE LOS FIADORES.

§. DCCCLXXII — DCCCLXXIV. Trátase aquí de los fiadores, porque la fianza es una especie de estipulacion, que no se contraía de otro modo que por una pregunta

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

definicion, que el fiador consiente en la obligacion ajena sin *causar novedad en ella*, pues no se quita la obligacion principal, ni se libra el deudor, porque otro le salga fiador, sino que este se agrega á la obligacion para mayor seguridad del acreedor. Así pues, si yo dijese que tomaba á mi cargo la obligacion de Pedro, de manera que claramente quedase este libre, no seria esta fianza, sino *promesa formal*, cual es sin duda aquella del apóstol san Pablo, *Philem. v. 48 y 49 : si te hubiese causado algun daño, ó te debiese alguna cosa Onésimo, yo me obligo por él. Yo Pablo, que te escribo de mi puño y letra, te lo pagaré*. Con esto se entenderán fácilmente cuatro axiomas acerca de la fianza, que corresponden al §. 874 : 1º *la fianza es estipulacion*, pues en otro caso no se diferenciaria de la promesa. 2º *La fianza es un negocio civil y varonil*. Así se llama espresamente en la *L. 4. ff. ad SC. vellej.*, y en la *L. 2. pr. ff. De R. J.*, porque se celebraba este negocio á presencia de varones. Véase á Jac. Gothfr. *Coment. ad reg. Jur. lib. 2.* 3º *La fianza es un contrato accesorio*, pues se ha inventado para seguridad del acreedor, á fin de tener obligado al deudor, y si este no paga, al fiador. 4º *Antiguamente el fiador estaba obligado como co-reo, en el dia solo subsidiariamente*. Es decir, que antiguamente estaba en el arbitrio del acreedor reconvenir al deudor ó al fiador segun queria, *L. 20. ff. De cond. indeb. L. 46. §. ult. ff. De fidejuss. L. 3. C. De fidejuss.*; y de aquí aquel dicho de Tháles Milesio, *promete, y el daño estará*

*cercano*. Es verdad que el mismo derecho tiene hoy día el acreedor de poder demandar al deudor ó al fiador; pero este goza ahora del beneficio de orden, de que se hablará despues; y si usa de él, nó está obligado á pagar, sin que ántes se proceda contra los bienes del deudor principal.

§. DCCCLXXV y DCCCLXXVI. En esta otra parte del título se pregunta, quiénes pueden ser ó no fiadores. Respondemos segun el primer axioma, que todos los que pueden obligarse estipulando; y con arreglo al segundo, los que pueden celebrar un negocio civil y varonil. Así como del primero se sigue naturalmente que no pueden salir fiadores los niños, los furiosos, los mentecatos, ni los sordomudos, por no saber lo que hacen, ni poder proferir las palabras solemnes; y ni aún los pródigos, ni los pupilos, ni los menores, sin interponer su autoridad el tutor; así del último puede inferirse la razon, por que tampoco los militares pueden afianzar por los paisanos, *L. 8. §. 1. Qui satisd. cog.*, ni los clérigos por los legos, *Nov. 423. cap. 6. (1)*, ni

(1) Segun la *L. 45. tit. 6. Part. 6.* los clérigos tambien pueden ser fiadores de las personas miserables. Además de los casos que cita Heineccio, en que la mujer puede ser fiadora, segun nuestras leyes lo puede ser en los siguientes: 1º por causa de libertad, fiando á un esclavo por el precio de su rescate: 2º por razon de dote, si la ofrece á otra mujer para casarse: 3º si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva ó entrega prenda al acreedor, para la seguridad del débito: 4º si recibe precio por ser fiadora: 5º si se viste de varon ó hace otro engaño, para que la admitan por tal, cre-

las mujeres por los estraños ni por sus maridos. La fianza de las mujeres por los estraños la impidió el SC. veleyano, que quitó á esta fianza todo el efecto, y concedió á la mujer la misma condiccion del dinero pagado, á no ser que 1º saliese fiadora de sus cosas, *L. 8. §. 1. ff. Qui satisd. cog.*; 2º ó recibiese algo por la fianza; 3º ó usase de dolo; 4º ó ejerciese el comercio, 5º ó renunciase á su privilegio. El afianzar la mujer por el marido, lo prohibió la *Auth. Si qua mulier C. de SC. vellej.*; y por tanto esta fianza es de ningun valor, á no ser que la mujer renunciase el beneficio que le compete. Y ha de observarse, 1º que ántes de la renuncia debe la mujer estar cierta de su privilegio, y 2º que segun la práctica, puede renunciarse estrajudicialmente el senadoconsulto veleyano, *L. fin. §. penult. ff. De fidejuss. L. 2. C. de SC. vell.*; mas conforme á la Auténtica ya descrita, solo con juramento y judicialmente, *cap. Cum contingat, X. De jurejur.*

§. DCCCLXXVII y DCCCLXXVIII. La tercera pregunta en este título es, en qué negocios pueden añadirse fiadores. Segun el axioma tercero, respondemos, 1º en to-

yendo que es varon: 6º si fia por su hecho propio á quien la fió, *L. 3. tit. 12. Part. 5.*: 7º por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido, sin que su mujer se obligue en el contrato, y renuncie el privilegio ó hipoteca que tiene en los bienes de su marido; pues como la dote y fisco corren paridad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho. Tampoco pueden ser fiadores los labradores, mas que entre personas de su clase.

dos los contratos, y aún en las obligaciones naturales y destituidas de efecto civil. Y de aquí es que puede suceder que el principal deudor no esté obligado civilmente, y sí el fiador. Por ejemplo, si alguno fianza por el pupilo que promete sin la autoridad del tutor, el pupilo no puede ser ofendido, y sin embargo estaría sujeto el fiador. No obstante ponemos una escepcion, y es, que no se obliga el fiador, si las leyes civiles desechan claramente la obligacion del deudor principal, ó la condenan, lo que sucede en el SC. veleyano. Por tanto, si uno sale fiador por la mujer que fianza, no queda obligado: pero si fianzando por un deudor que sea hijo de familias, porque la lei reprueba manifiestamente la obligacion de la mujer que fianza, y el senadoconsulto macedoniano no desecha la obligacion natural del hijo de familias, si toma dinero prestado, sino que sólo le conde una escepcion; y conoceremos fácilmente cuándo la lei reprueba ó no enteramente la obligacion, examinando si concede solo una escepcion, como lo hace el SC. macedoniano, ó si tambien la accion ó condicion de lo que no se debe, como sucede en el SC. veleyano. Mas se pregunta, 2º ¿se admiten tambien fiadores en los delitos? Debe distinguirse, si la accion es popular ó no. En las populares están escluidos los fiadores, *L. 56. §. ult. ff. h. t.*: en las demas se distingue, si la causa es capital ó no. Si la pena es meramente pecuniaria, bien pueden darse fiadores en la obligacion, *L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. ff. h. t.* Tambien se admiten fiadores, si no aparece ningun in-

dicio contra el reo, y este, conseguido un salvoconducto, quiere dar fiadores de presentarse en juicio. Mas no se admite fiador en delitos que merezcan la pena capital ú otra corporal aflictiva, porque no puede el fiador sufrir esta pena, si se fugase el reo. Se pueden ver ejemplos de esto en Andovide, *Orat. de mysteriis*, Ciceron, *De amicit. cap. 10.*, y en las *Excerpt. Peiresc. p. 244.* Hygin. *Fab. 257.*, cuyos ejemplos quiso tambien apoyar el esclarecido jurisconsulto Paulo Voet. *De statut. sect. V. c. II. §. 22.*; pero fué refutado sólidamente por Hercio *ad Puffendorf. de J. N. et G. lib. V. c. 10. §. 12.* Del mismo axioma se deriva, 3º que el fiador puede obligarse *mas*, pero no *en mas*. Pues aunque seria absurdo que yo debiese ciento y el fiador se obligase en doscientos (1), porque lo accesorio debe seguir á su principal; no seria lo mismo, que bebiendo yo por escritura, se obligase el fiador dando

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

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

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

*tendat. 38. ff. De fidejuss.* la provocacion, por la que viendo el fiador que busca dilaciones el acreedor, para que si queda sin bienes el deudor, no pueda él ser perseguido, provoca al acreedor á que entable contra él su accion dentro de cierto tiempo, y oiga la escepcion de órden que se le opondrá, ó permita que se le imponga perpetuo silencio (1).

(1) Para proceder con claridad acerca de los efectos de las fianzas, es necesario distinguir los varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ó cada uno por el todo, como fiadores ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda, *L. 8. tit. 12. Part. 5.* Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida, quedarán obligados por el todo, como si espresamente se hubieran obligado así, Gregorio López en la *L. 8. tit. 12. Part. 5.*, Febrero, *Libreria de escribanos, cap. 4. §. 35. núm. 17.*; pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos ántes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entónces no necesita el acreedor hacer constar, para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2º Cuando este es notoriamente pobre, pues entónces deben absolutamente pagar por él. 3º Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso, si piden

§. DCCCLXXX — DCCCLXXXIII. Llegamos á la quinta y última parte de este título, en que se pregunta, ¿qué beneficios legales competen á los fiadores? Se responde que tres (1): el primero se llama beneficio de *division*,

término al juez para presentarle, se les concederá, y no presentándole dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5º Cuando no oponen la escepcion de la escusion ántes de la contestación. 6º Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido facilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio; y algunos otros que trae Febrero, *Lib. de escribanos, cap. 4. §. 5. núm. 127. L. 9. tit. 12. Part. 5.*

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

(1) Muchos intérpretes de la legislacion española dan la misma contestación que Heineccio, confundiendo en uno dos de los beneficios que competen á los fiadores. Procede esta equivocacion de la errada idea de mirar como el mismo beneficio el de órden que el de escusion, cuando son enteramente distintos. El primero únicamente da derecho al fiador reconvenido, para escusarse de contestar al acreedor, hasta despues que se haya dirigido contra el deudor principal, que es el primer obligado; y el segundo consiste en que el fiador no esté obligado á pagar, aunque tambien se haya reconvenido al deu-

y tambien beneficio *de la epistola de Adriano*, porque se introdujo por una constitucion de este emperador. El otro es el beneficio *de órden*, que tambien se llama *de escusion* y beneficio *de la nueva constitucion*. El tercero es el beneficio de la *cesion de acciones*. Hai lugar al beneficio de *division*, siempre que muchos salieron fiadores por alguno, pues si entónces tienen todos con que pagar, gozan el beneficio de que no sea reconvenido ninguno por entero, sino cada uno de ellos á prorata, §. 4. *Inst. h. t.* Luego 4º este beneficio pertenece á los compañeros en la fianza, y no á los co-reos que se obligaron en el todo, á no ser que al mismo tiempo sean mutuamente fiadores. Lo esplicámos arriba, §. 845. 3., aunque separándonos de lo que vulgarmente enseñan los doctores. 2º Mucho ménos gozan de este beneficio los fiadores subsidiarios, porque son fiadores de fiadores, y por tanto quedan obligados, no pagando estos, *L. 27. §. últ. ff. De fidejuss.*, y lo quedan en el todo, á no ser ellos mismos muchos en número. 3º Este beneficio cesa, (a) si los fiadores omiten esta escepcion, *L. 26. L. 30. ff. h. t.*: (b) si los demás fiadores no tienen con que pagar, pues entónces

dor, hasta que se le haga constar legalmente que se le han ocupado sus bienes, y que no tiene ya otros de ninguna clase. En la práctica se hace constar la escusion por medio de certificaciones sacadas de los padrones de los pueblos, por sumaria de testigos y fijando edictos, en los que se prevenga á los vecinos que sepan que todavia quedan bienes en poder del deudor, lo manifiesten al juzgado.

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

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

§. DCCCLXXXV y DCCCLXXXVI. Últimamente el tercer beneficio es el de *cesion de acciones*; pues no está obligado el fiador á pagar, mientras no le ceda el acreedor sus derechos y acciones contra el deudor, L. 47. ff. h. t. De aquí fácilmente se deduce que esta cesion debe hacerse ántes del pago, pues pagando perece la

accion; y si ha perecido, no puede cederse, L. 6. 7. ff. De sol., á no ser que casualmente se haga el pago con la condicion de cederse las acciones, L. 76. eod. Pero ¿qué utilidad, pregunto, trae al fiador el tomar las acciones cedidas? ¿acaso para obrar contra el deudor y repetir de él lo pagado? De ningun modo: contra este puede obrar directamente. Si tuvo encargo de él para afianzar, tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra la voluntad del afianzado, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquella cantidad. ¿Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son mui provechosas: 1º cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal; pues entónces no tiene contra este la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2º Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*; pues entónces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio, pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renuncio el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores; y se ha demostrado en el §. 863., que no puede uno estipular para otro.

## TÍTULO XXII.

## DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

§. DCCCLXXXVII y DCCCLXXXVIII. Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber, de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato *literal*, el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe, queda obligado, aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las Pandectas; y aún cuando se enumeran los contratos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato literal. Véase la *L. 1. §. 1. L. 4. ff. De O. et A. L. 8. §. 1. ff. De fidei. L. 1. §. 1. ff. De novat.* De aquí es que Duarenó, Wissembaquió y otros infieren que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que en lo antiguo solo se contaban tres especies de contratos. Aún cuando tengamos que confesar que Justiniano manifiestamente dió nueva forma á la obligacion literal, es antigua la division de contratos en reales, literales, verbales y consensuales; porque ya se hace mencion de ella en las *Instituciones* de Cayo, conservadas por Aniano. Por tanto tambien antiguamente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, establecida por las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese en lo antiguo: ya lo hizo Cayo en las *Instit.*, hizolo Teó-

filo en la *Paraphr. h. t.*, y nosotros mismos lo hicimos en otro lugar, á saber, en las *Antig. rom h. t.* Ahora veremos solamente en qué consiste hoy dia la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mutuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por el mismo escrito, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Así pues Justiniano distingue, si el vale es mas antiguo de dos años, ó ménos. Cuando todavía no han pasado los dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numeratæ pecuniæ*); mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque repita cien veces al juez, que nunca ha recibido el dinero que espresa el recibo (1).

(1) Aunque nuestro Derecho, conforme en esta parte con el romano, dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir su recibo, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en él; con todo en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de *non numeratæ pecuniæ*, siempre que el reo se obligue á probarla. De aquí infieren nuestros autores prácticos, que lo mismo debe entenderse, aún cuando média el recomendable instrumento de la cláusula *quarentigia*, (voz italiana que significa *seguridad ó firmeza*) á pesar de que por ella da el otorgante poder á todos los juezes que del contrato deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y así queda el obligado sin recurso alguno temporal que le exima

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

de cumplir la obligacion contraída, y por lo mismo debe ser compelido á ello. No obstante, si no han prefijado los dos años orefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él. Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del trascurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberá decir, cuando confiesa llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quiere oponer la escepcion, pues ninguna es admisible contra la confesion judicial pura, sino que se debe despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque la reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, por mas que la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por el Derecho en juicio ejecutivo, y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. Véase sobre este punto á Febrero, *Juicio ejec. lib. 3. §. 1. núm. 22 y 24. núm. 269 y 270.*, Gómez, *tom. II. cap. 2. Variar. resol. cap. 6. núm. 6.*

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

§. DCCCXC. Del primer axioma colegimos 1º que no nace del vale esta accion ántes de pasar dos años. Mas

esto ha de entenderse bien : nace ciertamente la accion del mutuo ; pero entónces debe probar que entregó este mutuo. Nace tambien la accion *del vale* ; pero fácilmente se elude esta con la escepcion *del dinero no recibido*. Así que la verdadera accion *del vale* que escluye toda accion *del dinero no entregado*, no compete hasta dos años despues de la fecha del vale. 2º El suscritor del vale puede reclamarlo durante dos años ; y esto por varios medios. Pues (a) puede entablar en juicio la accion de *causa dada, causa no seguida, ó sin causa*, para que se le vuelva el recibo. (b) Ante el mismo juez puede interponer la protesta de que el acreedor posee el recibo sin razon, y por tanto que no debe parar en su poder, *L. 8. L. 9. L. 14. §. 4. C. De N. N. P.* Sin embargo se ha de observar que no hai lugar á esta accion y queja, si por otra parte aparece que se contó y entregó el dinero ; como (a) si ademas del vale tuviese el acreedor en su poder otra carta de pago, en la que confiese el deudor haber tomado el dinero, con tal que esta carta sea algo mas reciente que el vale, pues de otro modo, con igual facilidad pudo ser inducido el deudor á escribir la carta de pago que á dar el vale. (b) Si el deudor reconociese posteriormente el débito, como pagando réditos, ó pidiendo dilacion para el pago. (c) Si el heredero niega el recibo del dinero, que el testador confesó deber en su testamento. (d) Si obra en juicio en virtud del vale un banquero ó cambista ; pues á esta clase de personas se les da mayor crédito, porque negocian á dinero contante, y no dan

ni reciben los vales, sino cuando se paga *incontinenti*, *N. 426. 5.*

§. DCCCXCI — DCCCXCIII. Del segundo axioma se deriva naturalmente, 1º que esta escepcion *del dinero no entregado* no pertenece al depósito ; pues absurda y pérfidamente obraria el depositario, si presentando el depositante el vale en que confiesa el depositario haber tomado las cosas en depósito, opusiese la escepcion *del dinero no recibido, L. 5. L. 6. C. De N. N. P.*, á no ser que con esta escepcion pueda probarse aquella evidentemente. Ya vimos arriba la razon, á saber, porque no hai motivo para que al verificarse el depósito, sea inducido el depositario á dar el vale ántes de recibir las cosas, siendo así que no entra en el depósito por su utilidad, sino por la del depositante. 2º Tampoco hai lugar á la escepcion del dinero no entregado en las cartas de pago. De aquí es que nuestras leyes distinguen, si son judiciales ó privadas : en el primer caso están esentas de toda escepcion ; en el último se concede la escepcion *del dinero no entregado*, pero solamente dentro de treinta dias, *L. 14. §. 2. C. De except. N. N. P.* Ni pertenece á este lugar la carta dotal, aunque en cierto modo favorecen las leyes al que la dió. Es sabido que sucede á vezes que el suegro promete dote al yerno futuro : celebradas las nupcias, pide el último la dote ; el suegro dice que está pronto á ello, como aquel le dé recibo ; se lo da el yerno por la confianza que tiene en el suegro ; este vuelve á dar esperanza, retiene el recibo que se le ha dado, y nada paga :

contenido el yerno por timidez y respeto, no estrecha al pago: entretanto muere la mujer y reclama el suegro la dote. Se pregunta, ¿puede el yerno oponer al recibo que presenta el suegro, la escepcion *de la dote no entregada*? El fundamento de esta doctrina se halla en la *Auth. Quod locum C. De dot. caut. non numer.*, donde se distingue, *si el matrimonio se disuelve dentro de dos años, ó dentro de diez, ó pasado este tiempo*. Si dentro de dos años, tiene el yerno la escepcion *de la dote no recibida* por un año, pasado el cual no se le oye mas. Si despues de dos años, pero dentro de diez, tiene la misma escepcion por tres meses desde que se disolvió el matrimonio, y corridos aquellos, tampoco se le oye. Últimamente despues de diez años de disuelto el matrimonio, está obligado precisamente á restituir la dote, aunque no la haya recibido; porque apénas es creíble que uno sea tan tonto, que deje al suegro por diez años el recibo sin contradiccion ni protesta.

§. DCCCXCIV. Resta tratar de la accion. La llamamos *accion del vale*, parte por el argumento del §. *ún. Inst. h. t.*, y parte porque este contrato es tambien nominado, y debe producir la accion del mismo nombre. Esta accion pues se da á aquel á quien se entregó el vale, (pues si otro lo posee, debe legitimarse en la causa por medio de la cesion que se le haya hecho) contra el que lo dió hace mas de dos años, y no lo retrató en aquel tiempo, para que pague lo que en el vale confiesa haber recibido, aunque á la verdad nada reci-

biese. Mas se pregunta, si trascurridos dos años el suscriptor del recibo opone la escepcion *del dinero no recibido*, y ofrece probar que nada se le entregó, deberá ser oido? Lo afirma Hartimano en sus *Elementos*, c. 4, y tal práctica se observa tambien en muchos lugares, siendo ademas digno de saberse que el jurisconsulto Herm. Zolio ha defendido en un mal centon, que siempre debe probar el acreedor que no se le entregó el dinero. Pero en nuestras leyes nada se halla de esto, y vemos manifiestamente lo contrario en el §. *ún. Inst. h. t. L. 8. y L. 14. pr. §. 3. C. De except. non numer. pecunie.*

## TÍTULO XXIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL  
CONSENTIMIENTO.

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

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

§. DCCCXCVI. Por lo demas estos contratos tienen algo de singular, pues 1º todos son bilaterales, y por tanto siempre tienen recíproca accion, por ejemplo, *de compra y venta, de locacion y conduccion, enfiteutica y de mandato*, directas y contrarias: la de sociedad es por una y otra parte directa. 2º Todos estos contratos son de buena fe, y por lo mismo ambas partes tienen que prestar mutuamente alguna cosa, porque son bilaterales. Con razon se dice pues que todos los contratos consensuales son de buena fe; pero falsamente se diria que todos los contratos de buena fe son consensuales, pues tambien el comodato, el depósito y la prenda son de buena fe, no obstante que son reales. 3º Todos estos contratos pueden celebrarse aún entre

ausentes, por señas y tácitamente. En lo que se diferencian de los verbales y literales, los cuales se celebran solamente por palabras y por escrito, y entre presentes, como ya observámos ántes de los verbales, §. 874.

§. DCCCXCVII. Si se pregunta, cuántos son los contratos consensuales, se responderá, que debe distinguirse la época anterior al emperador Zenon y la que siguió á este. Ántes de él eran cuatro solamente: *compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y mandato*. Pues aunque ya hacia mucho tiempo que se habia introducido el contrato enfiteutico, sin embargo unos lo referian á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion. De aqui es que el mismo Justiniano sigue en las *Instituciones* el antiguo uso, y no trata del contrato de enfiteusis en un título particular, porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfiteusis tuviese naturaleza singular y distinta de los demas contratos, y por tanto que no se refiriese ni á la locacion y conduccion, ni á la compra y venta. Desde este tiempo son cinco los contratos consensuales; *compra y venta, locacion y conduccion, enfiteusis, sociedad y mandato*; de todos los cuales trataremos ahora por su órden.

## TITULO XXIV.

## DE LA COMPRA Y VENTA.

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

§. DCCCXCIX. De esta definicion pues fácilmente se infiere, cuáles son los requisitos esenciales de este con-

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

## TITULO XXIV.

## DE LA COMPRA Y VENTA.

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

§. DCCCXCIX. De esta definicion pues fácilmente se infiere, cuáles son los requisitos esenciales de este con-

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

sustancia de este contrato, 4º consentimiento, 2º cosa ó mercadería vendida, y 3º precio: si falta una de estas cosas, el contrato dejará de ser compra y venta. De estos requisitos tratamos en este título: (a) *del consentimiento*, §. 900-904; (b) *de la cosa ó mercadería*, §. 905 y sig. (c) *del precio*, §. 906-909.

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

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

(1) Estando ya perfecto el contrato de venta, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no po-

que uno pueda apartarse del contrato, porque esté dispuesto á sufrir el daño, que ni siquiera es oído, aunque se preste á indemnizar al comprador los perjuicios, ó á dar el duplo, *L. 3. L. 6. C. De resc. vend.* La razon está á la vista, pues la compra y venta es un contrato nominado, y solo los nominados son de tal naturaleza que haya lugar en ellos al arrepentimiento, *L. 3. §. 2. L. 5. pr. seq. ff. De cond. causá datá, L. 5. §. 4. ff. De præscr. verb.* Dimos la razon de esta disposicion en nuestros *Elem. juris secundum Pand. part. 4. §. 560. p. 420.*

§. CMII — CMIV. Todo esto se deriva de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hai otras consecuencias que se deducen de la naturaleza del mismo consentimiento. Por consentimiento se entiende un ac-

drá desistir de él, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato, *L. 7. tit. 5. Part. 5.*; pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado. Con esta esplicacion se concilian las *LL. 7. tit. 5. Part. 3. y 2. tit. 10. lib. III. del Fuero real*, que parece convenir en que se disuelva el contrato, aún estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta *L. 10.*, 1º que habla del caso en que no está perfecta la compra, á lo cual da margen la glosa de Montalvo en la letra *C. 10.* 2º que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir que las arras serian dadas, como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra ó parte del precio. Véase á Hermosilla en las adiciones de la glosa primera, especialmente en la tercera, sobre la *L. 7. tit. 5. Part. 5. fol. 55.*

to de la voluntad, por el cual, comprendiendo el entendimiento la bondad de una cosa, la aprueba y se dispone á conseguirla. De aquí pues se infiere que se oponen al consentimiento 1º el miedo y la fuerza, 2º el dolo, y 3º el error. Por lo que se pregunta ahora, si puede viciarse este contrato de compra y venta, y de cuántas maneras. De la fuerza y el miedo observamos, 4º que ninguno puede ser obligado á comprar ni á vender. Pues ¿quién diría que aprobamos aquello á que somos compelidos por fuerza ó miedo? Sin embargo algunas veces escusa esta fuerza la utilidad pública, que con razon es para el buen ciudadano la suprema lei (1). Así, por ejemplo, no es dudoso que el poseedor de gran copia de trigo puede ser obligado en tiempo de hambre pública á venderlo á precios arreglados. Tampoco puede decirse que faltó á lo justo Felipe II, rei de España, cuando publicada en Ambéres la Biblia poliglota, mandó por edicto que todas las iglesias de España adquiriesen un ejemplar. 5º La compra y venta producida por fuerza y miedo es nula *ipso jure*, y á vezes tambien se rescinde por la accion *quod metus causá* (por causa de miedo), *L. 3. 4. 5. 7. y ult. C. quod metus causá.* Porque ¿qué cosa hai tan contraria á la buena fe, que es el fundamento de los contratos consensuales, como la fuerza y el miedo? *L. 416. ff. De R. J. Ni*

(1) Tampoco anula la venta la fuerza, cuando el poseedor de granos los vende por un precio justo en favor de la religion, ó en favor de la independencian de su nacion y soberano, Véase á Sala en la *Ilustracion, lib. 2. tit. 10., § 17.*

conviene mejor á la buena fe del contrato el *dolo*. Sin embargo los jurisconsultos distinguen aquí entre el *dolo* que *da causa al contrato*, esto es, por el cual uno induce astutamente á otro á que compre ó venda, y el *incidente*, que aparece en el mismo contrato. Acerca del primero establecen que anula la compra; y respecto del último, que debe ser indemnizado por la acción *empti venditi* (de lo comprado y vendido). El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. 7. pr. ff. De dolo malo*. Con todo la rechaza abiertamente Gerardo Noodt, varon insigne en la jurisprudencia, en el tratado *De formulâ emendandi doli mali*, y en el *Comentar. ad tit. ff. De dolo malo*; pues en uno y otro lugar juzga aquel docto varon, que el contrato de buena fe, y por tanto la compra y venta, siempre es nula, bien dé causa al contrato el *dolo*, bien aparezca en él. Mas no pudiéndose defender esta opinion sin violentar el testo, no podemos de ningun modo conformarnos con él en este punto. Últimamente tambien el *error* se opone al consentimiento; pues si me equivoco en la cosa, ciertamente no consiento en ella, sino en otra que estaba entónces presente á mi imaginacion. Pero no es solamente de un género el error: unas veces es *esencial*, otras *accidental*. 7º Si es esencial, el contrato es nulo; si accidental, subsiste la compra; pero se concede al que padeció el error, la acción *quantum minoris* (ó del menor valor) para la indemnizacion del daño, esto es, si errase el comprador, el vendedor le restituiria tanto cuanto vale de ménos la cosa, ó lo que el vende-

dor recibió sobre el justo precio. Mas cuando hai error *esencial*? Se responde, que cuando erramos ó en la *cosa*, por ejemplo, juzgando oro lo que es plomo dorado; ó en el *cuervo*, por ejemplo, creyendo comprar á Estico, y comprando en realidad á Dromo; ó en los *atributos de la cosa*, tales que faltándole algunos, se se nos hace del todo inútil, por ejemplo, comprando un siervo que es furioso ó paralítico. Si erramos en las demas circunstancias, se considerará el error como accidental.

§. CMV y CMVI. Vimos el primer requisito esencial de la compra y venta, que es el *consentimiento*; sigue ahora otro, á saber, la *cosa ó mercadería*. Se establece, 1º *que pueden venderse todas las cosas que están en el comercio*: bien existan, ó bien haya esperanza de que existirán. Por tanto tambien la esperanza puede venderse; por ejemplo, en las loterías ¿qué otra cosa se compra mas que la esperanza? Pueden venderse las cosas futuras, v. gr. los frutos del año que viene. Pueden venderse las cosas incorpóras, v. gr. una herencia, una acción, el derecho de cazar, la jurisdiccion, etc.; y aún las cosas ajenas están en el comercio y pueden venderse, *L. 28. ff. De contr. empt.*, sin que esta compra perjudique al dominio, pues al señor de este le queda entero el derecho de vindicar la cosa donde quiera que la halle; sino porque aquella compra y venta produce acción y obligacion entre el comprador y vendedor. Acaso se preguntará, si el socio puede vender la cosa comun; mas la respuesta está en la *L. 13.*

§. 47. ff. De act. empt. 2º Las cosas que están fuera del comercio no pueden venderse. De aquí se deduce fácilmente la razón por que no pueden venderse las cosas que han perecido, pues que ya no existen; ni los hombres libres, ni las cosas de derecho divino ni las públicas porque están fuera del comercio de los particulares; ni las cosas u objetos de comercio prohibidas por leyes especiales, que hoy día se llaman vulgarmente de contrabando, por ejemplo, la pólvora, tratándose de venderla á los enemigos, las armas, naves, máquinas de guerra, etc. Los antiguos contaban tambien en esta clase las cosas perjudiciales y pestíferas, como venenos, libros de doctrina reprobada, y otras cosas de este género (1).

(1) Las cosas ajenas, aunque están fuera del comercio, pueden venderse, según la L. 19. tit. 5. Part. 5. y L. 6. tit. 10. lib. 3. Fuero real. No se quiere decir con esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda el derecho á salvo para vindicarla en donde quiera que la encuentre. Acerca de la cual dispone la lei de la Partida citada, que si el comprador sabe que la cosa es ajena, cuando la compra, no está obligado el vendedor á restituírle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fe. Pero si compró con buena fe, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor, no solo á pagarle el precio, sino tambien á resarcirle de los daños y perjuicios que se le hagan, siendo por su culpa, L. 6. tit. 10. del Fuero real, que dejamos citada. Tambien nos parece conveniente advertir que la L. 3. tit. 12. lib. 10. Nov. Rec. prohíbe á los corregidores, gobernadores y oficiales de estos comprar bienes raizes en el territorio de su jurisdicción. Si el

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

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

sin embargo, tomado propiamente este vocablo, significa solo el dinero contado que se paga en la compra por la cosa, §. 2. *Inst. h. t. L. 4. §. 4. ff. De contr. emt.* Pues lo que paga el arrendatario no se llama precio, sino *merces* (merced) de *merendo*, y no se denomina precio sino impropriamente, L. 28. §. 4. ff. *Locat. L. 40. ff. De adquir. poss. L. ult. §. ult. ff. De leg. rhodia de jact.* Y de aquí se infiere la diferencia entre la compra y permuta, pues si por la cosa se da dinero contante, será *compra*; si una cosa por otra, será *permuta*. Sobre lo que tambien discordaban, según costumbre, los sabinianos y proculeyanos: aquellos juzgaban que tambien se hacia la compra con otras cosas mas que con el dinero; estos opinaban que necesariamente habia de consistir el precio en dinero. Pero fun-

vendedor fuere inducido á vender en virtud de ciertas condiciones que despues no se le cumplen, puede separarse del contrato; pero fuera de este caso, aunque la entrega del precio se demorase, permanece obligado, y solo tiene derecho á pedir la entrega de aquel y sus intereses.

dándose toda la controversia en dos pasajes de Homero citados en el esolio del §. 908, y no favoreciendo á los sabinianos el uso comun de hablar, con razon decidió contra ellos la cuestion el emperador Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* Mas suele preguntarse, si se ha pagado parte en dinero, parte en otra cosa, como trigo, ¿se debe entonces creer que se celebra una compra ó una permuta? *Carpz. Part. II. Const. 32. def. 15. 2. 7.*, juzga que se debe presumir á favor de la permuta, por ser contrato antiquísimo entre los hombres, é introducido ántes que se acuñase la moneda. Pero se equivoca en esto indudablemente, pues la presuncion no está á favor de las cosas mas antiguas, sino de aquellas que suceden mas comunmente; é inventada la moneda, no usaron ya los hombres de la permuta sino de la compra, para adquirir lo necesario.

§. CMIX. Hemos visto que el precio es esencial requisito de este contrato. Ahora examinaremos, cuál debe ser este precio. Tres son sus atributos, pues debe ser 1º *verdadero*, 2º *justo*, 3º *cierto*. 1º Debiendo ser verdadero, fácilmente se entiende que es de ningun valor la venta imaginaria. De aquí es que no puede venderse por un cuarto una barra de plata, *L. 46. ff. De locat.*, pues no seria compra y venta, sino donacion encubierta bajo otro nombre, *L. 38. ff. h. t.*; y por tanto, si, por ejemplo, vendiese el marido á la mujer un predio por muy poco dinero, no valdria esta compra, porque á la verdad es simulada y una mera donacion, la cual no puede celebrarse entre marido y mujer por Derecho ro-

mano, *L. 38. ff. eod.* 2º Dijimos que el precio debe ser justo (1), pues aunque este, en el caso de no estar determinado por la lei, admite alguna estension, y por tanto pueden convenirse recíprocamente el comprador y vendedor, no obstante por la *L. 2. C. De resc. vend.*, ó se rescinde el contrato, ó se ha de suplir el precio, si la lesion es enorme ó en mas de la mitad. Ultimamente, 3º tambien debe ser cierto, ó por convenio de las partes, ó por relacion á otra cosa; por ejemplo, vendo en la cantidad que compré, ó por el dinero que tengo en el arca, *L. 7. §. 1. ff. h. t.* Mas se pregunta, si puede dejarse el señalamiento del precio al arbitrio

(1) Para la mejor inteligencia de este párrafo es necesario advertir, que el precio justo es de dos maneras, uno legítimo y otro natural: el primero es el que por la lei está determinado; natural el que tienen las cosas en atencion á la estimacion que de ellas se hace, y á otras circunstancias; por lo cual admite bastante latitud. Cuando hai lesion en el contrato en la mitad del precio, ó se rescinde el contrato, ó se entrega lo restante, y esto aunque fuese comprada la cosa en almueda; cuya accion dura hasta cuatro años despues de verificado el contrato, *L. 2. tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.* Pero no se rescindiré este, cuando la lesion no llega á la mitad del precio, á no ser por los menores; ni aún llegando á la mitad, si el comprador es perito y facultativo inteligente en la cosa comprada; ni cuando el vendedor fué obligado á vender; ni en las cosas que se venden por causas fiscales. En estos casos tendrá lugar *la accion de lesion-enormisima* ( Llábase *lesion-enormisima*, cuando el precio es dos tantos menor que el valor de la cosa.), aún cuando se hubiese renunciado; y esta accion dura veinte años, ó se puede entablar despues de este periodo.

de un tercero, v. gr. : vendo al precio que crea justo un hombre bueno. Se responde, que ó es cierta la persona en cuyo arbitrio se pone, ó incierta. Si incierta, nada se hace, porque á la verdad no existe consentimiento sobre una misma cosa, *L. 25. pr. ff. Locat.*; si es cierta, entónces ó es una tercera persona diversa de uno y otro contrayente, ó el mismo comprador. En el primer caso vale este arbitrio, con tal que aceptándolo la persona, valúe la cosa, §. 4. *Inst. h. t.* En el segundo se entiende que nada se ha hecho, porque si dijese : vendo en lo que quieras, podría querer no dar nada, ó un precio escesivamente injusto, en lo que yo no consentí nunca, porque quise vender, *L. 35. §. 4. ff. h. t.* (1)

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

1.º Si preguntamos qué obligacion produce este contrato, responderemos, que de parte del comprador resulta la de pagar el precio, y de parte del vendedor la

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

de entregar la cosa ó mercadería. Vamos á examinar ambos puntos. 1.º El comprador debe el precio, y con él ha de satisfacer necesariamente al vendedor; lo que se hace de dos modos, ó con la paga del precio, ó persuadiendo al vendedor que confíe en su palabra. Por tanto, si el comprador no paga, ni el vendedor fia de él, tampoco se trasfiere el dominio por la entrega ó tradicion, *L. 49. ff. De contr. emt.* De aquí es que no se puede compeler al vendedor por la accion *empti* (de compra) á que entregue la cosa, *L. 41. §. 2. fin. L. 43. L. 8. ff. De act. empt.* 2.º El vendedor debe entregar la cosa. De aquí es, que hasta entregarla no tendrá la accion *venditi* para pedir el precio, *L. 25. ff. De act. emt. et vend.*, pues no puede hacer que se cumpla el contrato, no habiéndolo cumplido él por su parte. ¿Quién tendría paciencia para oír á los Gracos tachar á otros de sediciosos? Por lo demas de aquí se deriva naturalmente que en este contrato es igualmente de ambos el provecho y el peligro, pues el comprador recibe la cosa y paga el precio, y el vendedor toma el precio, pero entrega su cosa. Así que, prestándose la culpa leve por uno y otro contrayente, cuando es igualmente de ambos la comodidad, §. 788. 2, fácilmente se infiere que el comprador y el vendedor deben prestarse mutuamente la misma culpa con el dolo y culpa lata, *L. 23. ff. De R. J.*

§. CMXI. 11.º Tocante al peligro y provecho de la cosa vendida, entendemos por *peligro* el caso en que perece la cosa, y por *provecho* la utilidad que proviene

de la cosa vendida. Por tanto el sentido de la cuestion es, si la cosa vendida, mas todavía no entregada, perece, ¿de quién es el daño? Y si la cosa, vendida y no entregada, tiene algun aumento, como hallándose un tesoro en la casa que se vendió, ¿de quién es este provecho? del comprador, ó del vendedor? Nuestras leyes responden, que desde que la compra y venta se ha perfeccionado, aunque no se haya verificado la tradicion, al punto pasa al comprador el peligro y el provecho, §. 3. *Inst. h. t. L. 8. pr. ff. De peric. et comm. rei vend.*; exceptuando cuatro casos; á saber, 1º si pereciere la cosa por dolo ó culpa lata ó leve del vendedor, pues dijimos que uno á otro se debian prestar la culpa leve. 2º Si el vendedor tomase este caso á su cargo y riesgo, pues entónces está obligado en virtud de su pacto, *L. 4. pr. ff. eod.* 3º Si la cosa pereciere de resultas de algun vicio antiguo, por ejemplo, si muriendo un caballo despues de la venta, y reconocido, apareciere que tenia dañados los intestinos, *L. 4. L. ult. C. h. t.* 4º Si vendida la cosa á condicion de probarse, no se hubiese probado todavía, ó se vendiese por cierta medida, número ó peso, y aún no se hubiese medido, contado ó pesado, pues entónces aún no está perfecta la compra y venta, como se dijo arriba en el §. 900 y 901. Así está ordenado en nuestras leyes; pero podría tal vez parecer á alguno contrario al mismo espíritu de ellas, pues los principios del Derecho establecen que la cosa perezca para su dueño, *L. 9. C. De pign. act.* Los mismos quieren que ántes de la tradicion per-

manezca dueño el vendedor, y por consiguiente que no pase el dominio al comprador hasta que siga la tradicion. ¿Cómo pues puede decirse que la cosa perece para el comprador, no siendo todavía dueño? Ademas las comodidades y utilidades percibidas de la cosa son accesorias de ella. De quien es la cosa, son sus accesorias: siendo pues la cosa ántes de la tradicion del vendedor, ¿cómo puede decirse, salvando los principios del Derecho, que el provecho pasa en el momento al comprador, aunque todavía no se haya entregado la cosa? Pero respondemos que este peligro y provecho no pasa al comprador por esta razon, sino por otra; á saber, porque luego que la compra se ha perfeccionado, el vendedor debe la especie, esto es, la cosa vendida. Ahora bien, librándose el deudor de una especie, al momento que perece esta, *L. 23. L. 49. pr. ff. De verb. obl.*, es consiguiente que tambien se libra el vendedor, cuando perece la cosa vendida; y así no reside el peligro en el mismo, sino en el comprador: y no habiendo nada tan justo como que perciba el provecho aquel que sufre las incomodidades, con razon coligieron de aquí los juriconsultos, que tambien pertenecian al comprador las utilidades de la cosa vendida. No puede negarse que en cierto modo es esto algo duro, y así es que en otras muchas legislaciones está determinada otra cosa; por ejemplo, en Sajonia, donde en las cosas inmuebles se requiere la declaracion judicial, no pasa al comprador el peligro y provecho de la cosa vendida hasta que se haya verificado en debida forma aque-

lla declaracion, Carpzou, *Part. II. cap. 39. def. 35.*

§. CMXII-CMXV. Ultimamente, III<sup>o</sup> falta hablar de las acciones que nacen de este contrato. 1<sup>o</sup> Este contrato es bilateral, es decir, que por él uno y otro contratante se obligan: luego nacen de él dos acciones (1). La obligacion de uno y otro contratante existe desde el principio, y se deriva de la misma naturaleza del contrato; y por consiguiente una y otra accion es directa, §. 782. 3<sup>o</sup> Siendo nominado el contrato de compra y venta, se infiere que ambas acciones deben tomar su

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

nombre del contrato, §. 782, y por tanto debe llamarse accion *empti venditi* (accion de compra y venta). Se distinguen estas acciones segun el actor. Si el comprador se dirige á conseguir la cosa, se dice accion *empti* (de compra); si el vendedor intenta que se le pague el precio, se llama accion (de venta) *venditi*: de una y otra trataremos separadamente. 1<sup>o</sup> Á quién se da la accion (de compra) *empti*? Al comprador ó su heredero, con tal que haya pagado el precio, §. 910. Contra quién? Contra el vendedor ó su heredero, mas no contra un tercer poseedor. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al comprador por este contrato. Y se le debe 1<sup>o</sup> la entrega de la cosa, de la que no se libra el vendedor, aunque ofrezca su valor, *L. 44. §. 2. ff. De act. empt.* 2<sup>o</sup> La libre posesion de la cosa. 3<sup>o</sup> Los frutos y las acciones. 4<sup>o</sup> Los muebles fijos y estables (*fixa vincta*) que de tal modo están unidos á la cosa, que se han destinado para su uso perpetuo; de los cuales habla la *L. 47. pr. y §. 6. L. 38. §. 2. ff. De act. empt.* 5<sup>o</sup> Si la entrega no se hace por culpa del vendedor, su estimacion, *L. 1. pr. L. 44. §. 9. ff. h. t.* Ultimamente, 6<sup>o</sup> la indemnizacion de todo el daño causado por culpa leve, §. 910; 4. II<sup>o</sup> Á quién se concede la accion (de venta) *venditi*? Al vendedor que ya entregó la cosa y á su heredero. Para qué? Para conseguir todo lo que se debe al vendedor por el contrato. Y se le debe, 1<sup>o</sup> el precio prometido; 2<sup>o</sup> los intereses desde el tiempo de la tardanza, porque es contrato de buena fe, en el que se deben intereses por sola la demora, aún no

prometiéndose; y 3º el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve (1).

(1) Como Heineccio no habla de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion, esto es, poniendo el uno al otro de los contrayentes ciertas condiciones, que podemos llamar *pactos añadidos*. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio* y de *señalamiento de día* (*additionis in diem*), LL. 38. 40. y 42. tit. 3. Part. 5. Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto día, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio; y que por ningún pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, L. 42. tit. 5. Part. 5., y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor puede darle tambien facultad para esto, quedando siempre el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que, si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto día, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no trasferido el dominio de la alhaja, y sus acreedores no adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que subsista el contrato, ó no querer que esta valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion, *d. lei*.

Si el comprador percibió algunos jrutos de la alhaja ven-

## TÍTULO XXV.

## DE LA LOCACION Y CONDUCCION.

§. CMXVI. Hasta aquí hemos hablado del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue el de la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar, 1º la definicion, §. 916; 2º la division, §. 917; 3º los atributos esenciales, §. 918-923; 4º la obligacion que de

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

Cuando se añade pacto de señalamiento de día, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero mas precio que él, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndose el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga; mas no las precisas para su conservacion. Pero si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa al comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion, l. 40. tit. 5. Part. 5.

Este pacto será válido, concurriendo las circunstancias siguientes: primera, que el segundo comprador sea verdadero

prometiéndose; y 3º el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve (1).

(1) Como Heineccio no habla de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion, esto es, poniendo el uno al otro de los contrayentes ciertas condiciones, que podemos llamar *pactos añadidos*. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de *retrovendendo*, *comisorio* y de *señalamiento de día* (*additionis in diem*), LL. 38. 40. y 42. tit. 3. Part. 5. Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto día, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio; y que por ningún pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere, sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, L. 42. tit. 5. Part. 5., y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor puede darle tambien facultad para esto, quedando siempre el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que, si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto día, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no trasferido el dominio de la alhaja, y sus acreedores no adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal; bien que puede elegir uno de los dos medios, que son, ó pedir todo el precio, y que subsista el contrato, ó no querer que esta valga, y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion, *d. lei*.

Si el comprador percibió algunos jrutos de la alhaja ven-

## TÍTULO XXV.

## DE LA LOCACION Y CONDUCCION.

§. CMXVI. Hasta aquí hemos hablado del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue el de la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar, 1º la definicion, §. 916; 2º la division, §. 917; 3º los atributos esenciales, §. 918-923; 4º la obligacion que de

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

Cuando se añade pacto de señalamiento de día, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor y á su heredero mas precio que él, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndose el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga; mas no las precisas para su conservacion. Pero si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa al comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion, l. 40. tit. 5. Part. 5.

Este pacto será válido, concurriendo las circunstancias siguientes: primera, que el segundo comprador sea verdadero

él nace, §. 924-926; y 5º las acciones, §. 927-929. La definición es fácil: *locacion y conduccion es un contrato consensual, por el cual se presta hasta cierto tiempo el uso de una cosa, ó cierto trabajo por cierta merced ó estipendio*. Decimos 1º que la locacion y conduccion es un *contrato consensual*, porque recibe su fuerza de solo el consentimiento. Añadimos, *por el cual se presta el uso de una cosa*, pues aquí no se trata de trasferir el dominio, como en la compra, ni de que otro custodie una cosa, como en el depósito, sino de que tenga el uso el conductor, es decir, el que la

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

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

En España se conocen cuatro géneros de tanteo ó retracto. El primero es convencional, y se verifica, cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término ó cuando quiera, restituyendo el precio recibido; y este es el pacto *de retrovendendo*, de que hablamos poco hace. El segundo tiene lugar, cuando el que posee algun castillo ó fortaleza, intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del rei, é informarle del comprador y precio que por él da, para que, si quiere, lo re-

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

§. CMXVII. En cuanto á la division, la locacion y conduccion es, ó de *cosa*, cuando se concede su uso por cierta merced, por ejemplo, un prado, una casa; ó de *trabajos (operarum)*, cuando se prestan trabajos

traiga por el tanto, *L. 1. tit. 18. Part. 2*. El tercero se llama *de comunion ó sociedad*, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de alguna cosa raiz, *L. 55. tit. 5. Part. 5*. El cuarto, finalmente, es el *de consanguinidad ó gentilicio*, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su orden, dentro del cuarto grado civil, recto y trasversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderadores con poder especial, *LL. 17. tit. 10. lib. 4. del Fuero real, 6 y 7. lib. 5. del Ordenamiento, y 230. del Estilo*.

La razon de permitir el Derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues el Derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos igual razon; pero no á los espurios, por no reputarse por conocidos sus padres. En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de al-

mecánicos por una recompensa; por ejemplo, cuando el sastre compone un vestido por cierta merced; ó *de obra (operis)*, cuando se arrienda alguna obra que se va á hacer, v. gr., si la nación arrienda la obra de un puente por cierto precio; de cuya locacion trata la *L. 5. §. 1. De verbor. signif.* Por lo demas acerca de estas especies de locacion se ha de observar, 1.<sup>o</sup> que las personas de los conductores tienen diversos nombres, pues el que toma en arriendo una casa, se llama *inquilino*; el que toma predios rústicos, *colono*; el que rentas reales, *publicano*; el que alguna obra, *asentista* (*redem-*

gona finca ó alhaja inmueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, si algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por Derecho civil, quiere poseerla por el tanto, es preferido al extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella, si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto con dolo ni con fraude. Y si entónces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma finca. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el Derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano, *L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero real*. Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó participe en la finca, siempre que justifique serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño, sino tambien despues de vendida esta, acdiendo dentro de los nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido

*tor*), y ultimamente, el que toma en arriendo trabajos, se llama *mercenario*. 2.<sup>o</sup> La locacion de obra tiene algo verdaderamente singular, pues en los demas casos el que da la merced, se llama conductor, y el que la recibe locador. Mas aquí es al contrario, pues el que da la merced de la obra que se trata de hacer, se llama locador, y el que la recibe, conductor; porque al mis-

por el comprador, y que no haya fraude ni dolo, *L. 55. tit. 5. Part. 5.*; mas esto se entiende, cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, porque en este caso ya no son socios, ni tienen comunion de ella.

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

Tienen tambien este derecho de retracto por comunion el señor que tiene el dominio directo en alguna posesion; el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ajeno, por el que paga pension al de este; y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo, y percibir sus frutos, con obligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores, cierto rédito ó pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ó de la área ó suelo, lo vende á un extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen; pues si la pagan,

mo tiempo que toma en arriendo la obra, da tambien en arriendo trabajos, *L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. ff. h. t. (1)*

§. CMXVIII. Llegamos á los requisitos esenciales de la locacion y conduccion, que tienen grande analogia con los de la compra y venta, pues así como las condiciones esenciales de aquella eran tres, consentimiento, cosa y precio, §. 899, igualmente se hallan aquí otras tantas, 1º consentimiento, 2º cosa ó trabajo que se da en arriendo, y 5º merced, por la cual se arriendan. De donde fácilmente se deduce por qué dice el jurisperito, *L. 2. pr. ff. h. t.*, que hai mucha semejanza entre estos dos contratos. Ahora hablaremos de cada uno de los requisitos.

§. CMXIX y CMXX. El primer requisito esencial es el consentimiento, porque es contrato consensual, el cual adquiere su fuerza de solo el consentimiento, §. *un. Inst. De contr. consens.* De lo que se sacan estas

deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales, quedan en libertad para venderlo, y el señor sin acción por aquella vez á tantearlo, pero sí al derecho del laudemio.

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

consecuencias: 1º que con solo el consentimiento se perfecciona este contrato, y por tanto nace de él la obligacion y accion en el momento que se ha convenido en la cosa y merced. Pero lo que dijimos en la compra, sobre que si las partes se convenian en reducir á escritura las leyes del contrato, no nacia la obligacion hasta concluirse y quedar firmado el instrumento, se observa tambien puntualmente en la locacion y conduccion, *L. 47. C. De fid. inst.* Suelen hacerse muchas veces estas escrituras en los arrendamientos de bienes raizes y obras, pues acostumbrando en ellos los contrayentes á ponerse diversas condiciones, se necesita un testimonio por escrito, para que no se olviden aquellas. 2º Que pueden dar y tomar en arriendo todos los que pueden consentir y disponer de sus cosas. Sin embargo las leyes prohíben á algunos tomar en arriendo; á unos *por necesidad*, á otros *por utilidad de la nacion*, y á otros *por privilegio*. *Por necesidad* están prohibidos los decuriones (1), los cuales si tomasen en arriendo los predios rústicos, se tendrian que separar de las curias á que estuviesen adscritos. *Por utilidad de la nacion* se les ha prohibido á los militares, para que no se aparten de las banderas; á los clérigos, porque mezclán-

(1) Segun las *LL. 3. tit. 11. lib. 7. de la Novisima*, y *2. tit. 8. Part. 5.*, los consejeros, oidores, alcades de corte, contadores mayores, sus oficiales, y los del real Consejo, y otras personas poderosas no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas, reales ni concejiles, de las ciudades en que ejercen su oficio.

dose en las cosas y negocios domésticos, no sean indolentes en el servicio de Dios; á los curadores y tutores se les prohíbe arrendar las cosas fiscales y señoriales, para que no respondan al fisco con bienes afianzados ya á los pupilos menores, pues no bastando los bienes para ambas cosas, se hallarian en concurrencia el fisco y los pupilos. Últimamente los hombres de letras tienen el singular privilegio de que no puedan vivir junto á sus casas los artesanos que meten mucho ruido con su trabajo, como cuberos, herreros, tallistas; y así los estudiosos pueden oponerse, si aquellos quisiesen tomar en arriendo habitaciones contiguas. Rebuffo escribió un libro de los privilegios de los que se dedican á las letras, y entre otros muchos verdaderamente ridículos, reclama este en virtud de la *L. un. C. De studios. libert.* Mas á decir verdad nada leemos en aquel texto que pertenezca al asunto y demuestre tan gran privilegio. Sin embargo vemos que todavía está en rígida observancia en algunas provincias y academias de Alemania.

§. CMXXI. Otro requisito esencial son las *cosas ó trabajos (operæ)* que se arriendan. Tales son 1º todas las cosas que tambien pueden venderse, y aún muchas que no pueden venderse, como las cosas eclesiásticas, *cosas de ciudades, públicas etc.* 2º Conviene que estas cosas no sean consumibles, pues en otro caso no se transferiría el uso, sino el dominio. 3º Pueden tambien darse en arriendo todos los trabajos mecánicos, con tal que sean honestos, mas no los liberales, y que se han

de prestar con el ingenio; pues no admitiendo estos estimacion, se sigue que tampoco puede fijarse merced por ellos. De aquí es que no dan en arriendo sus trabajos los ministros de la Iglesia, ni los profesores, abogados etc., sino los artifices y jornaleros. Así es que á los doctos no se debe merced, sino honorario.

§ CMXXII y CMXXIII. Por último falta el tercer requisito esencial, á saber, la *merced*, que cuando se paga por el trabajo, suele tambien llamarse (*manupretium*) salario por el trabajo. 1º Así como en la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locacion, pues en el momento que en lugar de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo, frutos, bueyes, cerdos etc., ya no es locacion, sino el contrato *doi para que des*; ó si prestan trabajos por otra cosa, el contrato *doi para que hagas*. Sin embargo otra cosa ha de decirse, (a) si se hubiese fijado cierta merced en dinero, y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa, pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*). (b) Si el locador y conductor de predio rústico se convienen en que el colono pague cada año la mitad de los frutos del fundo, *L. 23. §. 6. ff. h. t.*, entonces se llama el conductor (*colonus partiaris*) colono aparcerero. Pero si se ha de decir lo que la cosa es en sí, no es ciertamente locacion y conduccion, á no estar estimados los frutos en cierto precio, sino sociedad, pues el locador pone la cosa, el conductor el trabajo, y el interes y daño es común; y esta es la naturaleza de la sociedad. Véase á

Lauterb. *Diss. de colono partiaro*. 2º Así como en la compra y venta debe ser el precio verdadero, justo, cierto, §. 909, así son también iguales los atributos de la merced en la locación y conducción; por tanto debe ser (a) verdadera porque de otro modo degeneraría en donación, *L. 46. ff. h. t.* Debe ser (b) justa (1), porque en otro caso se rescindiría, ó habría de suplirse la merced por la *L. 2. C. De resc. vend.* Ultimamente debe ser cierta, en sí y con relación á otra cosa. Por ejemplo: te doi en arriendo tal cosa por la pensión que hasta ahora he recibido; ó te la arriendo por la pensión que Ticio juzgue justa etc. La razón es, porque en otro caso no habría consentimiento en una misma cosa. Suele aquí preguntarse, si aquella locación, por la cual el padre de familias en la parábola de san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, envió los operarios á la viña, subsistiría según nuestras leyes. El padre de familias no prometió nada de cierto á algunos operarios, sino que prometió darles lo que fuese justo; y en el §. 1. *Inst. h. t.* y en la *L. 22. ff. Præsc. verb.*, se niega que sea locación y conducción un contrato de esta clase; pues así como vimos arriba, §. 909. 3, que no puede quedar el precio al arbitrio del comprador, así tampoco se deja la merced al

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

arbitrio del locador. Sin embargo juzgo que la locación de que habla san Mateo, *cap. 20. vers. 4-7*, puede también subsistir por Derecho civil, pues el jornal de los operarios casi en todas partes está determinado ó por la lei ó por la costumbre, y por tanto es bastante cierta la merced, si prometo al mercenario que le daré lo justo, porque prometo lo que disponen las leyes ó costumbres de cada pueblo.

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

(1) No pagando al plazo tratado, puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la casa ó fundo arrendado. *L. 5. título 8. Part. 5.* Mas siendo puntual en pagar, no podía antes ser desposeido de la casa alquilada, sino en cuatro casos: 1º Cuando al locador se le caía la casa en que moraba y no tenía otra, ó estaba enemistado en aquella vecindad, ó si causaba alguno de sus hijos ó le hacía caballero. En Madrid debía dar fianza, según auto acordado del Consejo, de que la quería para sí, y la había de habitar por cuatro años. 2º Si después de alquilada la casa había necesidad de obrarla para que no se cayese. 3º Cuando el alquilador usaba mal de la casa. 4º Cuando siendo el arriendo por cuatro ó cinco años: se habían pasado dos sin pagar lo convenido el arrendatario. Pero en la actualidad puede el propietario pedir se deje libre, vacua y espedita su finca, cuando fuere su voluntad, si no hu-

obra, á darla hecha y de recibo, segun lo convenido. 3º Como es igual el provecho de ambos contrayentes, cada uno se debe mutuamente la culpa leve, §. 788 2. 4º Tambien aquí corre el caso imprevisto á cuenta del dueño, á no ser que lo tomase á su cargo el conductor. De aquí se sigue, 5º que si el conductor manifiestamente no pudiese usar de la cosa, tambien cesaria la merced; y si en parte solamente pudiese disfrutarla, se rebajaria de la pension tanto quanto exija la equidad, L. 45. §. 1. sig. L. 25. §. 1. L. 33. *fn. h. t.* 6º Ordinariamente ha de continuar el contrato por el tiempo señalado, de suerte que los herederos estén obligados en virtud de la locacion y conduccion del difunto por el tiempo determinado en el contrato, L. 49. §. 8. *ff. h. t.*, á no ser que se hayan arrendado trabajos, los cuales, muerto el locador, no se han de prestar por los herederos; por quanto lo que se obligó, fué la industria de la persona, L. 31. *ff. De solut.* 7º Sin embargo puede concluirse la locacion ántes de tiempo por ciertas cau-

hiera escritura de arriendo por cierto tiempo á plazo estipulado, debiendo conceder al arrendatario un año, que se llama de *desahucio*, si la finca es rústica, y cuarenta días, si es urbana.

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

sas espresas en el párrafo, en cuyo caso, no obstante, si lo hace el locador sin culpa del conductor, está obligado aquel á resarcir á este el perjuicio. 8º Ultimamente, si el conductor permanece en la cosa arrendada fuera del tiempo pretijado, y lo tolera el locador, se entiende renovado el arrendamiento, y con las mismas condiciones que anteriormente, L. 43. §. *ult. ff. h. t.* Esto se llama *relocatio ó locatio tacita*, locacion tácita.

§. CMXXVII — CMXXIX. Faltan las *acciones* que nacen de este contrato, las cuales proviniendo de un contrato nominado, es consiguiente que tambien lleven el mismo nombre, y que por tanto se llamen (*locati conducti*) de lo arrendado, §. 779. Una y otra es directa, porque el locador y conductor se obligan mutuamente desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; aquel á entregar el uso de la cosa ó los trabajos, y este á pagar la merced, pension ó alquiler, §. 872. Así que por la accion *locati* (de la locacion) obra el locador contra el conductor y sus herederos, para que se paguen la merced y las usuras desde su demora, y tambien para que acabada la locacion, se restituya la cosa y se resarza el daño causado aun por culpa leve, §. 924. Y por la accion *conducti* (de la conduccion) obra el conductor contra el locador, á fin de conseguir todo lo que aquel puede exigir de este por las leyes de este contrato; de donde fácilmente se deduce que ambas acciones son de buena fe, §. 781. L. 54. *ff. L. 47. C. h. t. §. 28. Inst. de action.*

## DEL CONTRATO DE ENFITÉUSIS.

§. CMXXX. No es este tratado un título particular de la *Instituta*, sino un apéndice del tit. 25. Habiéndose dicho arriba, que ántes del tiempo de Zenon no era la enfitéusis un contrato especial, sino que unos lo acostumbraban referir á la compra y venta, y otros á la locación y conduccion, preferimos tratar de él separadamente, por cuanto en realidad ni es locación y conduccion, ni compra y venta, *L. A. C. De jure emphyt.* Por lo demas este contrato es el único que tiene nombre griego, de lo cual no sin fundamento colige J. Eschiltero que empezó á conocerse desde el tiempo del gran Constantino, cuando se trasladó la silla del imperio de Roma á Constantinopla. Se llama enfitéusis de un verbo griego que significa *plantar*, porque el objeto de este contrato era entregar por cierto cánon campos incultos, con la condicion de que se cultivasen: del origen de este uso diremos algo, tomando las cosas desde los principios. Los romanos tenian admitida la máxima de que á aquel, cuya era una provincia, pertenecian tambien todos los campos ó terrenos de la misma. Así que, vencida una nacion, todos los particulares de ella perdian el dominio de sus tierras, que se hacian por consiguiente públicas. Como el pueblo en su totalidad no podia cultivarlas, ni percibir sus frutos, solian adoptar tres arbitrios: ó bien por medio de una lei agraria se llevaban colonias á la provincia nueva, y se

repartian los campos entre los nuevos colonos; ó bien arrendaban las tierras cultivadas á sus primitivos poseedores, ó á los nuevos con la condicion ó grávamen de que habian de pagar una cuota anual, v. gr. la décima parte de los frutos; y estos campos se llamaban entónces *vectigales*, de la cuota ó tributo (*vectigal*) arriba dicho; ó finalmente, se daban los terrenos incultos y aún no descuajados á otras personas, con la obligacion de cultivar estos terrenos y pagar un moderado cánon anual, quedándose con el dominio útil; y estos terrenos ó campos llevaban el nombre de *enfitéuticos*. Hé aquí por qué en las Pandectas vemos el título, *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius pet.* Esta costumbre tenian los romanos, y la misma observaban los municipios y colonias; pues estas ciudades poseian campos bastante estensos, de los cuales sacaban con que sostener las cargas de la república. Estos campos tambien eran arrendados por cierto tributo (*vectigal*) anual, ó dados en enfitéusis por un cánon anuo. Esto mismo imitaban por último los particulares; de manera que desde el cuarto siglo de la era cristiana nada fué tan frecuente como este contrato. Esta materia está tratada con mucho tino por Pedro Burmano, *De vectig. P. rom. pag. 128. sig. pag. 148. sig.*

§. CMXXXI y CMXXXII. La palabra enfitéusis puede considerarse de dos maneras; ó como *derecho en la cosa*, ó como *derecho á la cosa*; porque si, por ejemplo, yo prometo á otro un terreno por cierto cánon, este sugeto, en virtud de esta promesa ó contrato, solo

tendrá derecho á la cosa, y por una accion personal podrá obligarme á que le entregue dicho terreno, pues que su derecho nace de mi obligacion. §. 767. Por el contrario, cuando el campo está ya entregado, al instante recibe el poseedor un *derecho en la cosa*, y en efecto adquiere un dominio, no pleno á la verdad, pero sí útil; de suerte que hace suya la cosa, dispone de ella, la vindica, y percibe todos sus frutos, con tal que pague todos los años el cánon convenido. Dije que el enfiteuta se hacia dueño, pero no pleno; porque al modo que en el dominio ménos pleno hai dos dueños, uno llamado *directo* y otro *útil*, así tambien sucede en la enfiteúsis. El que dió el campo por cierto cánon, se llama *señor directo de la enfiteúsis*, y el que recibe este campo y paga el cánon, tiene el nombre de *señor útil ó enfiteuta*. Hai algunos que sostienen que el enfiteuta no adquiere dominio, y entre ellos con especialidad Harprecto en su *Comment. ad §. 3. Inst. h. t. tom. III. de sus obras*, fundándose en que la *L. 4. §. 1. ff. Si ager vect. emphyteut.* niega ser dueño el enfiteuta; de donde infiere que la enfiteúsis tiene mas de usufructo que de dominio. Pero á esto respondemos, 1º que si en dicha *L. 4. §. 1.* se niega que el enfiteuta sea dueño, es porque no tiene el dominio pleno; no porque no tenga parte de dominio. 2º No puede llamarse el enfiteuta usufructuario, por quanto dispone libremente de la cosa entre vivos, y por causa de muerte la trasmite á todos los sucesores, así universales como singulares, y hace en el fundo mismo las mudan-

zas que se le antojan; cosas todas que, segun hemos visto arriba, no puede hacer el usufructuario, y si el enfiteuta, como despues diremos. 3º El enfiteuta es llamado espresamente dueño en la *L. 42. pr. C. De fund. part. L. últ. C. De cons. et censit. L. 4. L. 8. L. 44. C. De omn. agr. desert.* Por lo demas, si se atiende á que estamos tratando la materia de contratos, fácilmente se echará de ver que aquí no consideramos la enfiteúsis como derecho en la cosa, sino como derecho á la cosa, como obligacion ó contrato. Así pues esplicaremos brevemente, 1º qué viene á ser contrato de enfiteúsis, §. 933 y 934; 2º cuáles son los derechos del enfiteuta, §. 935 y 936; 3º cuál es su obligacion, §. 937; 4º cómo se acaba la enfiteúsis, §. 938; y 5º qué acciones nacen de este contrato, §. 939 y 940.

§. CMXXXIII y CMXXXIV. Qué cosa sea el contrato de enfiteúsis, lo sabremos parte por la definicion, parte por los axiomas que se derivan de ella, y que tambien espondremos. La definicion está concebida en estos términos: es un *contrato consensual, por el que se concede á otro el dominio útil de un predio, para siempre ó para largo tiempo, por cierto cánon anuo que se debe pagar en reconocimiento del dominio*. Decimos que es un *contrato consensual*, pues esta es la naturaleza que le atribuyó Zenon, segun consta de la *L. 4. C. De jur. emphyt.*, y del §. 13. *Inst. h. t.*; y como para que valga un contrato consensual solo se requiere el consentimiento de ambos contrayentes, §. 895, se deducen dos axiomas: 1º que el contrato está

perfeccionado, tan pronto como consienten los contrayentes; y 2º que la escritura solo se requiere para prueba, especialmente segun la *Nov. VII. pr.*, y la *Nov. CXX. cap. 5.* en la enfitéusis eclesiástica. De un modo diverso opina Pagenstechero en sus *Aphor. h. t.*, pues considera como literal este contrato, y por consiguiente cree que la escritura entra en su esencia. Pero esto seria contra la naturaleza de los contratos consensuales, que no necesitan escribirse, á no ser que los contrayentes se convengan en reducir á escrito las condiciones y leyes del contrato. En el §. 3. *Inst. h. t.* se hace tambien mencion de escritura; mas no porque ella forme la esencia de este contrato, sino porque nadie es tan necio que dé sin escritura á otro un campo enfiténtico, siendo de temer que con el trascurso del tiempo niegue el poseedor la cualidad enfiténtica del terreno, y quiera quedarse con el dominio pleno; en cuyo caso el dueño de la enfitéusis, destituido de esta escritura, no tendria ninguna prueba en su favor. Decimos por último en la definicion que es un contrato consensual para *conceder el dominio útil*, porque del contrato no nace dominio, sino que solo se promete, y el dominio se adquiere por la subsiguiente tradicion. De aquí el tercer axioma, segun el cual el derecho en la cosa se deriva de la tradicion que sigue á este contrato. La razon de esto queda espuesta en el §. 339. Finalmente añadimos en la definicion, *por cierto cánon anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio*; sobre lo cual se debe notar la diferencia que

média entre la locacion y conduccion y la enfitéusis. Porque 1º el conductor paga una *merced*, y el enfitentea un *cánon*: 2º aquella es proporcionada á los frutos ó productos de la cosa, y este moderado, y con frecuencia en sumo grado infimo: 3º aquella se paga por el uso de una cosa ajena, y este por una cosa propia en reconocimiento del dominio superior ó directo.

§. CMXXXV y CMXXXVI. Hemos visto lo que es el contrato enfiténtico: ahora trataremos de los *derechos del enfitentea*, los cuales consisten parte en disponer y enajenar, y parte en percibir los frutos y usar de vindicacion. Todo esto lo esplicaremos por su órden. 1º El enfitentea percibe todos los frutos, aun los tesoros que se encuentren, porque es señor útil; y aún cuando este caso del tesoro no se halle decidido en las leyes (razon por la que Harprecho y otros sostienen que el tesoro encontrado en el fundo enfiténtico no pertenece al enfitentea, pues tampoco el usufructuario se queda con ningun tesoro, *L. 7. §. 12. ff. Sol. matr.*); no obstante repugna á la analogía del derecho el argumento deducido del usufructo para aplicarse al dominio. El dueño sin duda alguna recoge de su cosa todos los frutos, no solo los ordinarios, sino tambien los extraordinarios; 2º Puede tambien el enfitentea imponer servidumbre en el fundo, lo cual no es permitido al usufructuario; puede igualmente mudar la superficie del terreno, cosa que tampoco podia hacer el usufructuario, *L. 13. §. pen. L. 44. ff. De usufr.* Puede empeñar, dar, permutar; todo lo cual escede las facultades del usufructua-

rio; pero cuando decimos que el enfiteuta puede mudar el aspecto del fundo, no queremos dar á entender que pueda empeorar el campo. Esto seria contrario al fin de la enfiteúsis, la cual, segun queda dicho, se establece para que el campo inculco se cultive, y por consiguiente se mejore, *Auth. Qui rem, C. De SS. eccl.*

3º Puede el enfiteuta vender la cosa; pero con obligacion de hacerlo saber al señor. Lo cual no quiere decir que se requiera el consentimiento de este, como sucede en los feudos; sino que se necesita este aviso, porque al señor conceden las leyes el derecho de *preferencia (protimisis)*, y por tanto puede deliberar si comprará ó no la cosa. Por eso si el señor no quiere comprarla, ó no declara su voluntad dentro de dos meses, puede entónces el enfiteuta vender la cosa segun le plazca, *L. 3. C. De jur. emphyt.*

4º Al modo que recoge todos los frutos de la cosa enfiteútica, con razon debe tambien pagar los tributos y demas pensiones anejas á la misma cosa, y está obligado á poner de manifiesto al señor los recibos, siempre que este quiera verlos, *L. 2. C. cod.*

5º Y por quanto es un efecto del dominio que el dueño pueda vindicar su cosa de cualquier poseedor, el mismo derecho compete tambien al enfiteuta, quien aun del mismo señor de la enfiteúsis puede vindicar el fundo enfiteútico, *L. 4. §. ult. L. ult. ff. h. t.* Puede parecer extraño y absurdo que yo vindique la cosa de su mismo dueño; pero la dificultad se salva, diciendo que el enfiteuta vindica el dominio útil del señor directo, á quien no compete este domi-

nio. Del mismo modo tambien el señor directo puede vindicar su dominio de cualquier poseedor, hasta del mismo enfiteuta. 6º Finalmente, siendo un derecho propio del dueño el transmitir una cosa suya á sus herederos y á los estraños, ó por última voluntad, ó abintestato, tambien goza de igual derecho el enfiteuta. Pero debe notarse que si la cosa enfiteútica se devuelve al heredero, nada hai que pagar; pero si es á los estraños, estos tienen que pagar al señor el *laudemio*, que segun las leyes consiste en la quincuagésima parte del precio, esto es, en el dos por ciento. Así es que se tasa el predio enfiteútico, y si su precio es, por ejemplo, de dos mil florines, por via de laudemio se pagarán cuarenta, *L. 3. C. De jure emphyt.* Pero las costumbres en esta parte son muy varias, sobre lo cual escribió el célebre jurisconsulto Franzkió un tratado particular, en que con claridad espone lo que acerca de esta materia se observa en varias naciones.

§. CMXXXVII. Vamos ahora á tratar de las *obligaciones del enfiteuta*. Estas consisten 1º en el cánón anual que debe pagar puntualmente al tiempo convenido. Si pues no paga al dueño seglar en tres años consecutivos, ó á la Iglesia en dos, el enfiteuta pierde su derecho, *L. 2. C. De jure emphyt. Nov. 7. cap. 3. §. 2.* Ademas debe observarse 2º que este cánón no se perdona, aun cuando el enfiteuta no pudiese usar del campo ni percibir los frutos de él por esterilidad, incursoion de enemigos ú otro caso fatal, *L. 1. C. De jure emphyt.* Otra cosa dijimos estar dispuesta por Dere-

cho en la locacion y conduccion, §. 924. 6. Por qué tal diversidad? La razon de la diferencia está en que la merced se paga en la locacion y conduccion por el uso de una cosa ajena; y por consiguiente, cesando el uso, tambien debe cesar la merced. Pero el cánon se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio, §. 933; y por lo mismo, que pueda que no pueda usar de la cosa, debe no obstante reconocer el dominio, y por tanto pagar el cánon. De lo cual por último se deduce, 3.º que pereciendo todo el fundo por un terremoto ó inundacion, tambien debe cesar el cánon; porque una cosa que ya no existe, no puede tener dueño. Luego en este caso nada debe pagarse en reconocimiento del dominio, *L. 4. C. De jure emphyt.*

§. CMXXXVIII. Los modos con que se acaba la enfiteúsis, se deducen fácilmente de la misma naturaleza del contrato. I.º El primer modo es la *destruccion de la cosa*, y de él se ha tratado en el párrafo anterior. Las cosas que no existen, no pueden tener ningunas qualidades, ni dueño, ni prestar utilidad alguna. II.º El segundo es la *consolidacion*. Ya sea que el dueño directo adquiera con cualquier justo título el dominio útil, ya el dueño ó enfiteuta el dominio directo, el campo deja de ser enfiteútico, y pasa al pleno dominio del poseedor. III.º El tercero es la *prescripcion*. Porque si por espacio de diez años, estando el dueño presente, ó de veinte, estando ausente, el enfiteuta no pagase el cánon, y el dueño permaneciere tranquilo, el enfiteuta adquiere por la prescripcion el dominio pleno, *L. 15.*

§. 27. *C. De damn. infect.* IV.º El cuarto modo es la *tardanza ó morosidad consentida en pagar el cánon*. Porque si el enfiteuta no pagare al dueño seglar por tres años, ó á la Iglesia por dos el cánon convenido, ya dijimos poco hace que podria ser echado y privado del campo. No obstante por Derecho canónico, *cap. ult. X. De locat.*, si ántes de que el dueño trate de echar á un enfiteuta, ofrece todavía este el cánon, reparando así la tardanza, la privacion cesa, porque se considera que el dueño al recibir el cánon perdonó esta tardanza al enfiteuta. V.º El quinto modo es la *venta de la cosa hecha sin conocimiento del dueño*, del cual hemos hablado en el §. 933. 3. VI.º El sexto y último modo es si el fundo dado en enfiteúsis, en vez de mejorarse, se empeora en sumo grado; pues repugnando esto al fin del contrato enfiteútico, que es el cultivo de un campo inculto y su mejora, con razon lo pierde el que directamente contraviene á este fin. *Auth. Si rem. C. De SS. eccles.*

§. CMXXXIX y CML. Falta la quinta y última parte de este apéndice, en la cual hablaremos de las *acciones* que resultan de este contrato. Las que de él se derivan, son dos, porque ambos contrayentes por la misma naturaleza del contrato se obligan á algo, el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar el cánon: luego siendo el contrato bilateral, preciso es que las acciones que de él nacen, sean dos, y estas directas, §. 782. Además, siendo este contrato nominado, las acciones serán tambien del mismo nombre, *enfiteúticas*: la una

corresponde al enfiteuta contra el señor, para que entregue la cosa ó predio segun las leyes del contrato, y la otra pertenece al señor contra el enfiteuta, para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr. el cánón, laudemio, etc. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto el enfiteuta como el señor intentan acción contra un tercero, esta acción será reivindicatoria; la cual no pertenece á este tratado (1).

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

*Censo enfiteútico* es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raíz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo, que siempre queda al que concede la enfiteúsis, L. 28. tit. 8. Part. 5. Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, y así aunque se requiere escritura, es como una condición necesaria para que conste el contrato, y sin la cual no vale por nuestro Derecho; pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradición. Finalmente se añade en la definición, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil; en cuyas palabras se

## TITULO XXVI.

## DE LA SOCIEDAD.

§. CMXLI — CMXLIII. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar 1º qué cosa sea, §. 941-943.; 2º de cuántas maneras, §.

puede notar la diferencia que hai entre la locación-conducción y la enfiteúsis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pensión: el alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa; la pensión por lo regular es muy corta. En Madrid cada solar que tiene 50 piés de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteútico por dos ducados.

Hemos visto qué cosa es enfiteúsis; veamos ahora cuáles son sus derechos. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfiteuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condición de que antes de venderla, lo avise al señor del fundo, L. 29. titulo 8. Part. 5. Mas esta noticia no se le da, porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro; y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el enfiteuta; en cuyo caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por que se ven-

corresponde al enfiteuta contra el señor, para que entregue la cosa ó predio segun las leyes del contrato, y la otra pertenece al señor contra el enfiteuta, para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr. el cánón, laudemio, etc. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto el enfiteuta como el señor intentan acción contra un tercero, esta acción será reivindicatoria; la cual no pertenece á este tratado (1).

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

*Censo enfiteútico* es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raíz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo, que siempre queda al que concede la enfiteúsis, L. 28. tit. 8. Part. 5. Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, y así aunque se requiere escritura, es como una condición necesaria para que conste el contrato, y sin la cual no vale por nuestro Derecho; pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradición. Finalmente se añade en la definición, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil; en cuyas palabras se

## TITULO XXVI.

## DE LA SOCIEDAD.

§. CMXLI — CMXLIII. El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar 1º qué cosa sea, §. 941-943.; 2º de cuántas maneras, §.

puede notar la diferencia que hai entre la locación-conducción y la enfiteúsis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pensión: el alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa; la pensión por lo regular es muy corta. En Madrid cada solar que tiene 50 piés de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una área plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteútico por dos ducados.

Hemos visto qué cosa es enfiteúsis; veamos ahora cuáles son sus derechos. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2º El enfiteuta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condición de que antes de venderla, lo avise al señor del fundo, L. 29. titulo 8. Part. 5. Mas esta noticia no se le da, porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro; y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el enfiteuta; en cuyo caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por que se ven-

944.; 3º cómo se entabla, §. 945 y 946.; 4º cuál es la obligación recíproca de los socios, §. 947 y 948.; 5º cómo se disuelve, §. 949 y 950.; y 6º qué acción resulta de este contrato, §. 951 y 952.

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

de la cosa, ó ménos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento de la enfiteusis. 3º Como el enfiteuta es señor de todas la utilidades y frutos de la cosa, debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquier poseedor, se sigue que el enfiteuta tiene el mismo derecho, y puede vindicar el fundo aún del mismo señor de la enfiteusis; en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor del dominio directo, á quien no pertenece aquel.

Las obligaciones del enfiteuta consisten, primero en pagar el canon ó pensión anual en el tiempo y modo pactado, *L. 28. tit. 8. Part. 5.* De otra suerte perderá su derecho; con la diferencia de que si el señor de la enfiteusis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años, para que pueda ser privado de su derecho; y si fuere lego, se requiere que en tres años continuos no pague la pensión; pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla; y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso. 2º Debe el enfiteuta pagar la pensión, aunque por esterilidad, fuego ú otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que se ha dicho tratando de la locacion y conduccion. La razon de la diferen-

se entabla por verdadero consentimiento de los socios; en esta tambien entramos contra nuestra voluntad, por

cia consiste en que el alquiler en la locacion se paga por el uso de una cosa ajena, cesando el cual debe tambien cesar el alquiler; mas el canon ó pensión se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba fruto ó no; luego en todo caso debe la pensión. De aquí se infiere tambien que pareciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligación de pagar; pues de una cosa que no existe no hai señor, ni tampoco dominio que reconocer; pero basta para que permanezca la obligación, segun nuestro Derecho, que quede salva la octava parte del fundo en que consiste la enfiteusis.

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

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

El *censo reservativo* se verifica, cuando uno da á otro una

ejemplo, si á mí y á Ticio se nos da, lega, etc., una cosa. (c) De la sociedad nace la accion de sociedad

*cosa raíz, trasfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pensión anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario.* Entre este censo y el enfiteútico hai varias diferencias: La 1.<sup>a</sup> que por aquel se transfieren ambos dominios, directo y útil, y por la enfiteúsis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el señor del predio. La 2.<sup>a</sup> es que en la enfiteúsis, si en dos ó tres años no paga la pensión el enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pensión en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á Derecho. 3.<sup>a</sup> La enfiteúsis y el censo reservativo se diferencian finalmente en que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta; todo lo cual falta en el censo reservativo.

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

(*pro socio*) meramente personal; de la comunion de cosas se deriva la accion de division de bienes (*com-*

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

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa fructifera raíz, reservándose una pensión anual que se pague á sus herederos, ó á otro que se señale. Puede tambien fundarse, ó perpetuo ó redimible; pero si se fundare absolutamente, de suerte que no conste cuál es la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpetuo que redimible, así porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa, reservándose una pensión, retiene el derecho á percibirla en lugar del dominio que tenia antes, y de consiguiente aquel es perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó extinguirá, pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado antes, se graduará á arbitrio del juez. Mas siendo esta redencion una verdadera venta del derecho de percibir la pensión anual, por esta se deberá alcabala, siempre que se verifique la redencion.

El censo consignativo se llama así, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto ni el dominio directo ni el útil que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó de lo ilícito de este censo, como veremos despues.

Acerea del modo de fundarse, lo regular es que se conceda por cierto precio, consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde

*muni dividendo*), la cual es de naturaleza mista. Tratemos ya de la sociedad: esta es un contrato consen-

que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos, como permutacion, donacion, ó en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad; y segun varie el título, variará mas ó ménos su naturaleza. Por ahora trataremos de él, como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir, cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raíces de otro, adquiere derecho de percibir una pensión anual, u otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes, como ántes lo era. Se dice que compra el derecho dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion, como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó fingida. En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pensión anual, mas no la misma pensión; y así, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra; pues no es la pensión lo comprado, sino el derecho de percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pensión consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, azeite; pero está espresamente prohibida la paga en frutos por la *L. 4. tit. 15. lib. X. de la Nov. Rec.* Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo, cuya pensión se debe pagar cada año, ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente por razon de la duracion, se divide en *perpetuo* y *temporal*. Estas dos es-

*sual entablado para comunicarse los bienes ó la industria, con el fin de obtener una ganancia comun.*

pecies se subdividen, el perpetuo en *irredimible*, que es absolutamente perpetuo, por lo que se le da este nombre; y en *redimible*, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama *perpetuo*, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años, v. gr. diez, veinte ó treinta; y en otro, que se celebra por un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama *vitalicio*.

Otra division traen algunos del censo consignativo en personal y real; *personal* llaman aquel, en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba cosa alguna. Pero esta division parece poco exacta, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en sola persona, sino en cosa; y aunque algunos opinan que hoy dia están aprobados los tales censos personales por una real cédula de 10 de junio de 1764, espedida á consulta de los cinco Gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo, en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. Para mayor claridad insertaremos aquí la parte dispositiva de dicha cédula, que dice así: «Por los diputados de los cinco Gremios mayores de Madrid se representó á S. M., que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion, destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, particularmente de viudas, pupilos y otros, que destituidos de propia industria, lograban por este medio valerse de los Gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interin el interes de

Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona con el solo consentimiento, de manera que

un tres ó dos y medio por ciento; que en esta posesion y buena fe habian estado muchos años, así los Gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido, tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y de sana doctrina, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que eran legitimos y obligatorios estos contratos, y mandó S. M. que como tales fuesen juzgados en sus tribunales. » Estos contratos no son de censo, sino de una cierta compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una parte de él al que dió el dinero, y tomando el mercader para sí lo restante; por lo que es evidente la justicia de semejante division.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas: 1.<sup>a</sup> la suerte ó el precio por el cual se compra, al que llaman *capital*: 2.<sup>a</sup> la pensión ó rédito que se paga, y 3.<sup>a</sup> la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa san Pío V mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque esto no se recibió en España, segun una *lei de la Novísima Recop.*, con todo es más conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frequentísimos en esta especie de contratos. Se requiere tambien que el precio sea justo, esto es, que la pensión que se ha de pagar, sea correspondiente al capital que se entrega, y sirve de precio al censo. Esta propor-

no se necesita escritura ni otra cosa alguna para perfeccionar este contrato. Es verdad que deben los socios

cion se ha graduado segun los tiempos y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por ciento, siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es más gravoso al vendedor, debe ser mayor el precio; es decir, debe ser menor la pensión, y señalarse atendiendo á los tiempos y provincias en que se funde. Por lo que hace á la pensión ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la lei muchos censos con el nombre de perpetuos é irredimibles, en los cuales la pensión no consistia en dinero, sino en trigo, vino y otros frutos, se mandó por otra lei que estos se reputaran redimibles ó al quitar; y por lo mismo parece deberse entender de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son frequentes y más graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público, y tan general que comprende aún á los censos fundados anteriormente á su publicacion, con todo se halla permitida por otra lei la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere; lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hai varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que explicaremos aquí para mayor inteligencia. El 1.<sup>o</sup> es que el censo se constituya sobre cosa mueble ó semoviente, y así debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructiferos y permanentes, como son los raices, los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censalista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.<sup>o</sup> pacto reprobado es que el censatario debe pagar los reditos anticipados, el cual se prohíbe, porque es contra la justicia del contrato censal, y para evitar

entregar el dinero que han prometido reunir en común; pero esta tradición es un efecto del contrato,

fraudes y sospechas de usura; y así cumple el censatario con satisfacerlos, luego que estén devengados. El 3º es que el impondor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca, deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y por esto si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporción la renta y extinguirse su capital; y lo mismo se hace si en parte es infructífera. Pero si solo recibe disminución, ó alguna otra especie de daño la cosa, se considera el censo como un contrato de compra y venta, en el cual luego que se perfecciona, pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga á la cosa.

Otro pacto que se reprueba en este contrato, es el de que no se pueda enajenar la cosa sobre que se impone el censo, y así no se puede sacar ni restringir al censatario la facultad de vender y enajenar, por contrato entre vivos ó última voluntad, la cosa, siempre que quiera, sin que tenga obligación de pagar mas pensión, sino solamente el mismo rédito; pero si será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendría obligación de pagarlo. La condicion de retracto, por la cual el censatario queda con la obligación de avisar un mes ántes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfiteutico, § 6. de la bula Pío de V.

Falta ahora tratar de los modos como se extinguen los censos: 1º por destrucción de la cosa; al cual es semejante el 2º, que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciese, ó

como sucede en la venta, y no pertenece á su esencia. Aún mas, en la sociedad universal ni siquiera se necesita de tradición, porque se presume hecha, L. 4. §. 1. L. 2. ff. h. t., á escepcion de los nombres, es decir, las obligaciones y acciones, pues para comunicarlas, por ser inherentes á la persona, ni siquiera basta la tradición, sino que se requiere una cesion mutua, L. 3. ff. eod., que en las letras de cambio tiene un nombre particular, y se llama *endoso*.

se hiciera infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se extingue el censo por faltar la cosa, con todo puede el señor del censo repetir el precio, y los daños y perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor. 3º Se extingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo; la razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa, porque como el censo sea una carga sobre la cosa á manera de servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará, luego que suelte la posesion de ella. El 4º modo de acabarse el censo es por prescripcion de 30 años, esto es, cuando el poseedor de una cosa, sujeta á censo, la tiene todo este tiempo con buena fe, como libre de toda carga; lo que es conforme á las leyes recopiladas, que piden todo este tiempo para prescribir ó extinguir las deudas que no nacen de mera obligación personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fe, porque esta en el día parece necesaria en la prescripcion de 30 años. Esta prescripcion, que extingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga; esto es, desde que el acreedor no recibió los réditos de persona alguna, porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aún comen-

§. CMXLIV. II.º Ahora vamos á ver de cuántos modos es la sociedad. Se divide en *universal, general* y *singular*: universal es, cuando los socios se comunican todos los bienes presentes y futuros, por cualquier título que sean adquiridos, L. 3. §. 1. ff. h. t. Tal es la que habían entablado los primitivos cristianos, quienes reunían en comun todos sus haberes, de suerte que ninguno de ellos decía esto es mío, *Act. apost. cap. 4. vers. 32.* Tal es también la que hoy se observa entre

zada la prescripción. Ahora si estinguido el censo por prescripción se han de entender también estinguidas todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demás desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripción para cada pensión; es cuestión de grande dificultad: puede decirse á ella que por la misma prescripción, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron también las pensiones. Consiste esto en que el censo es lo principal, ó la raíz y origen de toda obligación, y las pensiones son una cosa accesoria que absolutamente depende de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio.

Finalmente los censos redimibles se acaban por redención, esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte capital, ó el precio que recibió al tiempo de la fundación; y este modo es el más sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva por el modo que se contrajo. Tiene pues libertad el deudor de todo censo redimible de volver el precio que recibió al acreedor, y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino también por partes, aún cuando no quiera el acreedor, según opinan varios autores; y la razón que tienen es, porque las *Estravagantes* de Martino V y Calisto III. que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que die-

los monjes y monjas, cuyas moradas tomaron el nombre de *cenobios*, de su vida comun, de cuya voz usaban también los antiguos pitagóricos, según Yamblichio, *vit. Pyth.* Se llama sociedad general, cuando los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demás que se adquiere por beneficio de la fortuna. Esta es más rara, no obstante que en algunos parajes se observa entre los conyuges, á los cuales pertenece en comun lo que adquieren durante el matrimonio, bien que cada cual reserva para sí lo que reciben por herencia ú otro título. Finalmente hai sociedad singular, cuando esta se entabla para una sola

ron forma á estos contratos, establecen que se puede hacer la redención por partes. Mas porque por el nombre de *partes*, de que usan dichas *Estravagantes*, se significa la mitad; y la facultad de redimir por partes es contraria á la doctrina recibida en materia de pagas, en donde se sienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor; es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor del censo redimir parte menor que la mitad del capital.

Á más de esto sientan varios autores, que no solo se puede hacer la redención del censo por partes, sino que ni aún valdría el pacto de lo contrario, á no ser que este gravámen se compense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razón que tienen es, porque semejante pacto, como más gravoso al acreedor, disminuye el precio dado; lo cual prohíben severamente nuestras leyes. Esta razón, como que es de bastante peso, debe servir para reprobir todos aquellos pactos, que por ser demasiado molestos y gravosos, producen el mismo efecto de disminuir el precio; lo que se deberá tener presente en esta materia, para no hacer contrato alguno ilícito ó usurario.

cosa ó negocio, *L. 5. pr. L. 52. §. 5. ff. h. t.* Estas son mui frecuentes entre los comerciantes, y se llaman *compañías*.

§. CMXLV y CMXLVI. III<sup>o</sup> Con esto se entenderá fácilmente como se contrae esta sociedad. Todo viene á parar en que se entabla por *consentimiento*, y de aquí se infiere, 1<sup>o</sup> que tambien es válida una sociedad desigual, *L. 5. §. 4. ff. Pro soc.* Así, por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio diez mil y Javoleno ochenta mil, serán socios ni mas ni ménos que si cada uno pudiese una misma cantidad. 2<sup>o</sup> Y aún valdrá la sociedad en que uno ponga los fondos y otro la industria, *L. 5. §. 4. ff. eod.*; v. gr. si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y Sempronio promete dirigir todos los negocios, emprender viajes, mantener la correspondencia, etc., este será socio, aunque no ha puesto ningun dinero. Aquí deben no obstante observarse dos cosas: (a) que la industria ó el trabajo deben ser honestos y licitos. Así pues, si uno de los socios promete contribuir al adelantamiento de la sociedad, engañando á los compradores y defraudando á la real Hacienda, esta sociedad será nula, *L. 52. §. 47. L. 53. ff. Pro soc.*; porque sobre las cosas torpes, como moralmente imposibles, no puede haber ninguna obligacion. (b) Va mucha diferencia en que uno ponga su industria como socio, ó en que lo haga como factor por cierto estipendio. En este último caso el que pone la industria no es participante de los daños, y debe contentarse con su salario, y si se le niega este, puede pedirlo, no por la

accion de sociedad (*pro socio*), sino por la accion de locacion (*locati*). 3<sup>o</sup> Es nula la sociedad que se contrae por causa de donacion, por ejemplo, esta: yo pondré veinte mil, tú diez mil: todo lo que se gane, será tuyo, y los daños serán comunes. Vale sí como donacion este convenio, con tal que si excede de quinientos sueldos, (1) se registre en las actas; pero no vale como sociedad,

(1) Al principio de la fundacion de Roma no se conoció en ella la moneda, hasta que Numa Pompilio, su segundo rei, estableció una compañía de monederos, los cuales la fabricaban de cobre, cortada en piezas cuadradas, y su peso distinguía el valor, sin signo alguno. La principal era el *as*, que se llamaba *rudo y grave*, por su figura tosca, y pesaba una libra de doce onzas, y se dividia para la comodidad del comercio en otras monedas de menor peso, cuyos nombres romanos se han explicado en otro paraje; seguía el dipondio, que valia dos ases; el sestercio dos y medio, y diez el denario.

Así permaneció esta moneda tosca hasta que, cerca de ciento ochenta años despues, Servio Tulio, sexto rei de los romanos, conociendo la incomodidad que resultaba de andar siempre con el peso para la compra de las cosas de poco valor y mercaderías de primera necesidad, mandó mudar su forma y batir el *as* de figura redonda, con el peso ligo de una libra, marcando en ambos lados figuras de deidades, hombres y animales, añadiéndoles tambien números, para conocer su peso y valor: el dipondio tenia dos II ó dos LL, que queria decir dos libras ó ases; pero los impresores los señalan así H: el sestercio dos LL y una S (*semis*, mitad) en esta forma L.L.S., que quiere decir dos libras y média, y el denario tenia una X, porque valia diez ases.

Mas despues que los romanos adquirieron por medio de sus conquistas la plata de los pueblos vencidos, empezaron á usarla para sus monedas; y así es que poco ántes de la primera

porque esta se entabla para conseguir una ganancia comun. Así es como debe entenderse la *L. 5. §. últ. ff. Pro soc.* 4º Por último tampoco es lícita la sociedad

guerra púnica, sobre el año 585 de Roma, vemos batir la moneda de plata: la de mas infimo valor era el sestercio, el cual valia dos ases y medio, y tenia marcadas en él las letras L.L.S.; la del quinario, que valia dos sestercios y medio, y tenia marcada en él la letra ó número V, porque valia cinco ases; el denario, cuyo peso justo era de una dracma, tenia por un lado la figura de Juno, y por otro la del bajel en que habia llegado Saturno á Italia, por cuya razon llamaban á estos denarios *rotiti*, y valia cada uno cuatro sestercios, y tenia marcada una X, porque valia diez ases: tambien habia otros denarios que tenían las figuras de Cástor y Pólux, ó una victoria llevada en un carro tirado por dos ó cuatro caballos, y se llamaban *bigati* ó *quadrigati*. El talento se usaba en varios pueblos de la antigüedad, en los cuales variaba su peso y valor, por cuya razon es dificultoso reducirle á nuestra moneda; no obstante puede decirse que los romanos conocieron tres clases de talentos de plata: el mas pequeño pesaba cincuenta libras; el mediano setenta y dos, y ciento veinte el mayor. Los historiadores hablan comunmente del talento ático, y lo distinguen en mayor y menor: el menor era de setenta libras ó minas, de doce onzas la libra, que hacen ocho mil setecientos cincuenta y cinco reales y cinco maravedises de vellon (437 pesos, 6 rs. plata); y el mayor de ochenta libras ó minas, que valen once mil seiscientos setenta y nueve reales con veinte y ocho maravedises (584 pesos); y siempre entendian el menor, cuando hablaban en general del talento. Pero segun el cómputo de Budeo, valia el primero cuatro mil reales (200 pesos), y cinco mil trescientos treinta y dos (poco mas de 266 pesos y medio) el segundo.

Los romanos conocieron tambien las monedas de oro: tuvieron el sueldo, que era de peso justo y entero, y valia veinte

leonina (1), nombre que se da al convenio por el cual uno estipula para sí toda la ganancia, y el otro se obliga á sufrir todos los daños, *L. 29. §. 2. ff. h. t.* Llámase *leonina* de la conocida fábula de Fedro, *lib. 4. fab. 5.*, en que el leon entabló con otros animales una sociedad de caza, y despues haciendo una graciosa reparticion, él se quedó con toda la presa, dejando chasqueados á sus socios.

§. CMXLVII y CMXLVIII. IVº Ahora corresponde hablar de la obligacion de los socios, que principalmente se reduce á dos capítulos: 4º el socio presta al socio cierta diligencia en la cosa comun: 2º las ganancias y perjuicios se dividen entre los socios. Por lo que hare á la *primera* obligacion, se ha de notar acerca de ella, (a) que el socio está obligado en concreto á pagar la culpa leve al socio. Qué cosa sea culpa leve en concreto, ya queda dicho en el §. 788, y es cuando no se con-

y cinco denarios; aunque despues se alteró su peso y valor. Y el talento, que era tambien mayor y menor: el menor valia ciento doce mil setecientos cincuenta y ocho reales y diez y ocho maravedises (poco ménos de 5638 pesos), y el mayor ciento cincuenta mil trescientos cuarenta y cinco reales (que son 7517 pesos, 2 rs. pta.). Pero Budeo solo refiere el de una clase, y valia segun él sesenta mil reales (3000 pesos).

(1) No puede llamarse sociedad leonina, cuando alguno ó algunos de los socios, por ser mas hábiles, ó estar mas instruidos en el manejo y direccion del negocio en que comercian, ó tener mayor trabajo, ó esponerse á mayores riesgos que los consocios, pactan que les toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida, no les dañe; tal pacto en estas circunstancias es válido, *L. 4. tit. 18. Part. 5.*

sidera la diligencia que suele usar en negocios propios un padre de familias bueno y frugal, sino la que el socio emplea en las cosas propias. La razon que se da de esto vulgarmente, es que el mismo socio se suele escoger compañero, y por tanto debe contentarse con la industria de este. Pero esta razon no basta, porque el mismo derecho se observa en la comunion de cosa, *L. 25. §. 46. ff. Fam. ercis.*, en la cual sin embargo entramos contra nuestra voluntad, *L. 31. L. 32. L. 37. ff. Pro soc.* Luego mas bien debe decirse que la razon por que se exige menor diligencia, es porque el socio debe imputarse el no haberse apartado de la sociedad contraída con un hombre negligente. (b) Este contrato es famoso y por tanto se hace infame el que es condenado en virtud de una accion dolosa *de sociedad*, *L. 1. ff. De his qui not. infam.* En efecto los socios son como hermanos, *L. 63. ff. Pro soc.*; y ¿qué cosa mas torpe que el que un socio sea engañado por otro socio, y un hermano por un hermano? (c) El socio, á la manera de un hermano, debe al socio el beneficio de competencia, *L. 63. pr. ff. eod.*, es decir, que el socio, reconvenido y condenado, no presta mas que lo que puede pagar; de cuyo beneficio se hablará mas abajo en el §. 4199 y sig. La otra obligacion de los socios consiste en la igual division de las ganancias y los daños. Sobre esto debe observarse, (a) que en la sociedad universal no se requiere ninguna igualdad, *L. 73. pr. §. 1. ff. h. t.* Por eso, si los bienes de Ticio son cincuenta mil, los de Mevio doce mil, y aquel necesita to-

dos los años para sustentar á su familia dos mil, y este tres mil, ninguno de ellos sin embargo puede quejarse de desigualdad, si una vez hubieren entablado sociedad universal. (b) En la sociedad singular debe observarse la igualdad. Hai disputas sobre si ha de ser la *geométrica*, de manera que la ganancia y el daño se distribuyan entre los socios á prorata, ó la *aritmética*, por la cual la ganancia y el daño se dividen por iguales partes. Nosotros esplicamos esto de la manera siguiente: (a) si se han espresado las partes en la sociedad entablada, se deben observar y tenerse presentes, aún cuando sean desiguales. Por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y aquel estipula para sí la mitad de la ganancia, este se llevará la otra mitad. Esta division valdrá, porque los pactos hacen lei en los contratos, *L. 29. §. 1. ff. h. t.* (b) Si nada se ha convenido, se guarda la proporcion *geométrica*, es decir, que cuanto mas puso cada uno, mas ganancia y daño recibirá, *L. 6. L. 80. ff. eod.* Esta proporcion la suelen los aritméticos sacar por la regla que llaman *de sociedad*, v. gr. si Ticio puso diez y ocho mil, Mevio nueve mil, Sempronio tres mil, y con esta suma han ganado quince mil, esta ganancia se repartirá de suerte que Ticio reciba nueve mil, Mevio cuatro mil quinientos, y Sempronio mil y quinientos. (c) Si uno puso los fondos y otro la industria, este es participante de las ganancias segun las leyes del contrato; pero nada recibe del capital, cuando se disuelve la sociedad, porque nada puso que pueda reclamar como suyo.

§. CMLXIX y CML. Hemos dicho cómo se entabla la sociedad, y cuál sea la obligación de los socios. Ahora se pregunta, Vº cómo se disuelve. Los modos con que esto se verifica son varios: el primero es la *muerte*, aunque no sea mas que de uno solo de los socios, §. 5. *Inst. h. t.* Y no importa que la muerte sea natural ó civil, porque tanto los siervos como los deportados se reputan por muertos, *L. penúlt. ff. De R. J.* Y aún cuando entre los socios se conviniere que la sociedad pase á los herederos, este pacto sin embargo no vale, ni impide el que la sociedad se disuelva por muerte de uno de los socios, *L. 35. L. 59. ff. Pro soc.* Todo esto es peculiar de este contrato, y pende de que es mirado como odioso por temor de las discordias que ocasiona, y ademas de tal naturaleza que en él se elige y atiende á la industria de la persona. Otro modo de acabarse es el *mutuo disentimiento*; porque ¿qué cosa mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se ha unido? *L. 35. ff. De R. J.* Así pues, entablándose la sociedad por consentimiento, ¿por qué no ha de disolverse por disentimiento mutuo? *L. 63. §. últ. ff. h. t.* 3º El tercer modo es la *renuncia de uno*, lo cual aquí y en el mandato es singular, pues en estos contratos el uno puede eximirse de la obligación contra la voluntad del otro. En el mandato se verifica esto así, por cuanto se elige la industria de la persona, y no existiendo esta, el mandante revoca el mandato; pero en la sociedad milita ademas otra razon, y es el ser origen de discordias. Por esto las leyes

quisieron mas bien dar libertad á cualquiera de los socios para renunciar á la sociedad, que permitir el que esta fuese un manantial de pleitos y disensiones. Mas ¿qué sucederá, si se conviniere que la sociedad dure hasta cierto tiempo ó para siempre? ¿Qué sucederá, si los socios renunciaren al derecho de que acabamos de hablar? Á pesar de todo esto podian los socios apartarse de la sociedad, segun su antojo, *L. 44. L. 70. ff. eod.* Solamente el dolo es el que no favorecen las leyes, y por tanto seria nula la renuncia, si uno de los socios renunciase fraudulenta é intempestivamente estando ausente el otro socio; por ejemplo, si el que entabló una sociedad universal, hace su renuncia, porque ve que está para tocarle una herencia, de la que no quiere participe el socio, §. 4. *Inst. h. t.* El cuarto modo es la *conclusion del negocio* para que se entabló la sociedad; por ejemplo, si se forma para comprar y vender trigo, en haciéndose esto, quedará concluida la sociedad. El quinto modo es el *tiempo* por el cual se entabló la sociedad, v. gr. una sociedad formada por cinco años, espirará pasados estos; lo cual no es de extrañar, cuando aún antes de acabarse este tiempo, es lícito apartarse de ella. El sexto modo es la *cesion ó publicacion de bienes*. Ya sea pues que el socio, agobiado por las muchas deudas, ceda á los acreedores sus bienes; ó que por algun delito se le hayan confiscado, la sociedad espira, porque no queda nada en que puedan ser socios, *L. 65. §. 1. 2. ff. h. t.* Finalmente el último modo es la *destruccion de la cosa*, por la mis-

ma razon. Si pues dos comerciantes son socios en una tienda comun, y esta se quema, cesará la sociedad, á no ser que de nuevo la entablaren, L. 63. §. *últ. ff. eod.*

§. CMLI y CMLII. VI. Falta hablar de la accion que nace de este contrato. Se llama *de sociedad (pro socio)*, porque de un contrato nominado debe resultar una accion del mismo nombre. Es por ambas partes directa, por quanto el socio se obliga al socio desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; y porque se da á un socio contra el otro, para conseguir todo aquello que uno debe al otro por este contrato. Y ¿se dará tambien despues de concluída la sociedad para la reparticion de los bienes comunes? No por cierto, porque para esto hai la accion *de dividir lo comun*, L. 1. *ff. Comm. div.*, de que se hablará en el tit. 28. §. 983. (1)

(1) Nada habla Heineccio de la sociedad conyugal, porque no se conocia entre los romanos, y es especial en el reino de España, donde se introdujo en atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar entre otros mas que entre el marido y mujer legítimos.

Dicha compañía, establecida por las leyes de la *Novísima Recop.*, hace que se comuniquen por mitad los bienes que adquieren ambos cónyuges durante el matrimonio, L. 4. y 5. *título 9. lib. 5. y L. 3. tit. 3. lib. 3 del Fuero real*; y se diferencia de las demas sociedades por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la lei. Fuera de esto, la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges ántes del matrimonio, sino

## TÍTULO XXVII.

DEL MANDATO.

§. CMLIII y CMLIV. La última especie de contratos consensuales es el *mandato*, y acerca de él se explica-

solamente los que ganaren despues, y aún de estos se exceptúan algunos. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que hubieron y poseyeron marido y mujer durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. A mas de esto todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aún cuando fuese donacion que el rei les haya hecho á ambos, pero no si fué hecha á uno solo. Tiene lugar esta particion de bienes y ganancias, aún cuando el marido tenga mas bienes de patrimonio que la mujer, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieron los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó mujer al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, así industriales como naturales, que son los que el tiempo les hubiere dado, son comunicables entre marido y mujer, como bienes gananciales. Pero hai algunos casos, en que no se comunican á los casados todos ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El primero es en el divorcio, pues en este caso el que hubiese dado motivo á él, nada participará de las ganancias, Gómez en la L. 50. *de Toro*, n. 72. El segundo, cuando cometen delito de lesa majestad ú otro, por el que segun Derecho deben perderlos, ó se apartan de la Religión católica; pero en estos

ma razon. Si pues dos comerciantes son socios en una tienda comun, y esta se quema, cesará la sociedad, á no ser que de nuevo la entablaren, L. 63. §. *últ. ff. eod.*

§. CMLI y CMLII. VI. Falta hablar de la accion que nace de este contrato. Se llama *de sociedad (pro socio)*, porque de un contrato nominado debe resultar una accion del mismo nombre. Es por ambas partes directa, por quanto el socio se obliga al socio desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; y porque se da á un socio contra el otro, para conseguir todo aquello que uno debe al otro por este contrato. Y ¿se dará tambien despues de concluída la sociedad para la reparticion de los bienes comunes? No por cierto, porque para esto hai la accion *de dividir lo comun*, L. 1. *ff. Comm. div.*, de que se hablará en el tit. 28. §. 983. (1)

(1) Nada habla Heineccio de la sociedad conyugal, porque no se conocia entre los romanos, y es especial en el reino de España, donde se introdujo en atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar entre otros mas que entre el marido y mujer legítimos.

Dicha compañía, establecida por las leyes de la *Novísima Recop.*, hace que se comuniquen por mitad los bienes que adquieren ambos cónyuges durante el matrimonio, L. 4. y 5. *título 9. lib. 5. y L. 3. tit. 3. lib. 3 del Fuero real*; y se diferencia de las demas sociedades por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la lei. Fuera de esto, la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges ántes del matrimonio, sino

## TÍTULO XXVII.

DEL MANDATO.

§. CMLIII y CMLIV. La última especie de contratos consensuales es el *mandato*, y acerca de él se explica-

solamente los que ganaren despues, y aún de estos se exceptúan algunos. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que hubieron y poseyeron marido y mujer durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. A mas de esto todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aún cuando fuese donacion que el rei les haya hecho á ambos, pero no si fué hecha á uno solo. Tiene lugar esta particion de bienes y ganancias, aún cuando el marido tenga mas bienes de patrimonio que la mujer, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieron los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó mujer al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, así industriales como naturales, que son los que el tiempo les hubiere dado, son comunicables entre marido y mujer, como bienes gananciales. Pero hai algunos casos, en que no se comunican á los casados todos ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El primero es en el divorcio, pues en este caso el que hubiese dado motivo á él, nada participará de las ganancias, Gómez en la L. 50. *de Toro*, n. 72. El segundo, cuando cometen delito de lesa majestad ú otro, por el que segun Derecho deben perderlos, ó se apartan de la Religión católica; pero en estos

rá, 1º qué cosa sea, §. 953 y 954; 2º de cuántas maneras, §. 955-958; 3º cuáles la naturaleza de este contrato, §. 959 y 960; 4º cómo se acaba, §. 964; y 5º qué acciones nacen de este contrato, §. 962-964.

casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputarán por gananciales todos los aumentos, hasta que por el crimen se declaren por perdidos, aunque este sea de tal calidad, que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete, *L. 6. tit. 26. Part. 7.* Mas si la mujer cometiere adulterio, ó se volviera mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras, *tit. 2. lib. 3. del Fuero real, al fin, L. 23. tit. 11. Part. 4., L. 5 tit. 17. L. 6. tit. 25. Part. 7.* Lo mismo se deberá decir caso que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de alguno sospechoso, porque entónces se presume adúltera, *L. últ. tit. 2. lib. 3. del Fuero real.* El tercer caso es, cuando uno de los cónyuges adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el rei ú otro, ó por sucesion, testamento ó abintestato de sus parientes. El cuarto, cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquieren, ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos, de cualquier calidad que sean, se comunican entre los casados. El quinto, cuando el marido enajena, durante el matrimonio, algunos de los gananciales; lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su mujer, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio hasta la muerte de su marido, *L. 5. tit. 9. lib. 5. Novísima.* Mas si por la enajenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se le comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido. El sexto, cuando la mujer vive deshonestamente estando viuda; pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no

1º Qué cosa sea mandato lo manifiesta la definicion. Es un contrato consensual, por el cual uno se encarga de administrar y dirigir gratuitamente un negocio honesto que otro le encomienda por la con-

los hubiera adquirido. El sétimo, cuando la mujer renuncia los gananciales ántes ó despues de haberse casado, *L. 9. del mismo tit.* El octavo, cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas de las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo, pues la mujer, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de lo que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el noveno, cuando alguno de los cónyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructíferas, de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma, por que se adquirió la propiedad, y se consolida con esta, y así no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge; pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican, y deben servir para ayudar á sobrellevar las cargas del matrimonio.

Puede tambien de algun modo pertenecer á esta sociedad que hai entre el marido y la mujer, lo que disponen varias leyes de la *Novísima*, pues arreglan el manejo de estos socios. Lo primero, que la mujer no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca, sin beneficio de inventario. Segundo, que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi contrato, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito. Tercero, que pueda el marido dar licencia á su mujer para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, ó siguiéndose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere.

fianza que en él tiene (1). Decimos que es un contrato, si bien antiguamente no lo era, sino tansolo un negocio que se solia hacer entre amigos, sin que produjese obligacion perfecta unida con coaccion, sino imperfecta, por parecer que pecaba contra lo honesto y las leyes de la amistad el que frustraba la esperanza de su amigo. Observa esto Ger. Noodt en sus *Comment. ad Pandect. h. t. pág. 371. tom. 2.* de sus obras, y en el *lib. IV. cap. 42. §. 1. Probabil.*, el cual infiere de lo que dice Plauto, *Captiv. act. II. scen. III. v. 32*, que antiguamente los amigos al hacerse un encargo, se daban su mano derecha. Por eso tambien en Plauto dice Tindaro estas palabras: *Hæc per dextram tuam te dexterâ retinens manu, obsecro, infidelior mihi ne fias, quam ego sum tibi.* Y así es que se llamó mandato de la palabra latina *mandatio*, segun S. Isidoro, *Orig. lib IV. cap. 24.* Así sucedia en los tiempos antiguos; mas como despues empezase á notarse perfidia en los hombres, pareció conveniente á los romanos dar al mandato la naturaleza de los contratos, y conceder por él una accion particular. Decimos ademas que es un contrato *consensual*, porque se requiere verdadero consentimiento por ambas partes. Por esto si uno toma sobre sí correr con los negocios de otro que lo

(1) Las leyes españolas declaran inhábiles para aceptar mandatos judiciales á los menores de 18 años, y para los extrajudiciales á las mujeres, los religiosos, los clérigos, los menores de 25 años, los locos, los dementes, los mudos, los sorós, los encausados y los militares.

ignora, no será esto mandato, sino una *agencia de negocios*; será no un verdadero, sino un cuasi contrato. Decimos, *por el cual uno se encarga de administrar y dirigir un negocio honesto que otro le confía*, porque si el negocio no se nos encarga por confianza, sino por orden de alguno, en cuya potestad estamos, no es esto mandato, sino *precepto*. Si no se encarga una cosa, sino que tratamos de persuadirla á otro, dejándole facultad para que la haga ó deje de hacerla, esto será *consejo*. Si no se trata del negocio de otro, sino del de un tercero, es *recomendacion*; y en ninguno de estos dos casos existe obligacion ninguna. Por último añadimos *gratuitamente*, porque si nos encargamos de un negocio ajeno por cierta merced, será *locacion*; y si por otra cosa ó hecho, será el contrato, *hago para que des, ó hago para que hagas*: cosas todas fáciles de distinguir del mandato.

§. CMLV—CMLVIII. IIº Hasta aquí hemos explicado qué cosa es mandato; ahora veremos de cuántas maneras sea. Tiene muchas divisiones: 1º uno es *expreso*, que se hace con palabras ya habladas, ya escritas; y otro *tácito*, que se contrae con un hecho, del cual puede inferirse que hai consentimiento. Por ejemplo si uno ve á otro dirigir sus negocios, y calla y lo consiente, parece que aquí média mandato, *L. 6. §. 2. ff. Mand.* Podemos añadir otro tercer mandato, á saber, el *presunto*, que es el que se colige del parentesco ó de la amistad. Si v. gr. el marido desempeña negocios de su mujer, aunque no presente mandato, se presume no

obstante que lo tiene; pero en este caso siempre exige el Derecho una caucion de que la cosa se tendrá por valedera, *L. 33. pr. L. 40. ult. ff. Mand.* 2º Hai mandato *general*, por el que se encomiendan á otro todos los negocios ó bienes; y *especial*, por el que se confia cierto negocio particular. 3º Es *judicial* aquel por el que se encargan negocios judiciales, y *extrajudicial* el que versa sobre negocios domésticos y extrajudiciales. 4º Llámase *puro*, v. gr., cuando se dice: haz este negocio; y *para cierto dia* (*in diem*), cuando se dice, por ejemplo, te encargo este negocio, si te hicieres doctor en leyes. 5º El mandato es además *en cosa suya*, ó *en cosa ajena*. El primero es, si alguno se encarga de un negocio ajeno, pero de suerte que perezca de él toda la utilidad; el segundo, si uno toma sobre sí un negocio ajeno para utilidad ajena. El segundo es el que se hace ordinariamente; el primero se verifica por cesion, pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam me debe mil, y yo cedo esta suma á mi hermano, en este caso mi hermano obra contra el comerciante como mandatario mio, porque á él nada se le debe. Mas por cuanto si sale victorioso, adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya, *L. 33. §. 5. L. 36. ff. De procur.*

§. CMLIX y CMLX. IIIº Ahora exige ya el órden, que tratemos de la naturaleza del mandato, y de lo que dispone el Derecho acerca de él. Lo manifestaremos brevemente por medio de siete conclusiones derivadas de la definicion; á saber, 1º el mandato se contrae con so-

lo el consentimiento de ambos, por ser contrato consensual. Pero añadimos dos cosas; la una es, que en juicio suele exigirse mandato por escrito (1); pero esto no es sino por causa de prueba, para que conste al juez y al contrario que es verdadero procurador; por lo cual esta escritura no pertenece á la sustancia del contrato. La otra es, que la ratificacion se tiene por consentimiento, pues se retrotrae al principio del negocio, *L. 50. ff. Mand.* 2º No se puede mandar una cosa ilícita, ni de semejante contrato resulta obligacion, §. 7. *Inst. h. t.* De aqui es que si uno manda á un asesino que mate á Mevio, el asesino, aunque se encargase de este mandato, no por eso queda obligado por él. Decimos que de este contrato no nace obligacion ninguna, aunque por el delito quedan responsables ambos al castigo. 3º El mandato no admite merced, sino solo honorario, cuya diferencia de la merced hemos explicado arriba en el §. 800. Por eso los procuradores judiciales son mandatarios, aunque no acostumbren hacer nada de balde. Y esto es comun á todos los contratos gratuitos, como el comodato, depósito, mandato y gestion de negocios. 4º El mandatario que traspasa los fines del mandato, nada hace, *L. 5. ff. h. t.*; por lo cual, si los traspasó,

(1) El poder que se da al procurador, ha de ser amplio y general, con calidad de sustitucion, aunque para varias cosas se requiere poder especial, segun se manifestará en el tratado de juicios. En los tribunales es necesario bastantearlo por el letrado que suscribe los recursos, y que lleve además el sello de haberlo verificado. ®

ni siquiera tiene la accion de la gestion de negocios, *L. 41. ff. eod.* Esto sin embargo no impide el que pueda valerse de otra persona, para cumplirlo ó hacer lo equivalente de lo que se le habia encomendado, *L. 8. §. 3. L. 46. L. 62. §. ult. ff. h. t. 5ª* El mandatario por lo regular no puede sustituir, porque el que manda, elige la industria de la persona, cuya confianza quizá no pondrá en la destreza del sustituto del mandatario. Otra cuestion es, si en caso de sustituir el mandatario y desempeñar bien la cosa el sustituto, está obligado el mandante á dar su aprobacion. Sin duda debe ser así, por quanto el mandante ha logrado su fin, *L. 8. §. 3. ff. eod.* 6ª El mandatario está obligado á la culpa levísima; y la razon de esto la hemos dado arriba en el §. 788. *ax. 3º.* 7ª Tambien este contrato es famoso, y por tanto se hace infame el mandatario que es condenado por dolo; porque ¿qué cosa mas torpe que burlar la esperanza de un amigo? *Cic. pro S. Rosc. c. 38;* y aún tiene este contrato algo de singular sobre este punto, porque siendo así que en otros casos solamente son notados de infamia los que salen condenados por la accion directa que nace del contrato, *L. 4. ff. De his qui not. inf.*, aqui tambien el reconvenido, por la accion contraria del mandato, se hace infame; por ejemplo, si el que manda á otro que afianze, le niega despues dolosamente la indemnizacion; sobre cuyo caso puede verse la *L. 6. §. 5. ff. De his qui not. infam.*

§. CMLXI. IVº Los modos de acabarse el mandato fácilmente se infieren de su naturaleza misma. Acábase

4º por *mutuo disentiendo*; porque nada hai tan natural como que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, *L. 35. ff. De R. J.* 2º Se concluye por *revocacion del mandante* (1), con tal que se haga estando íntegro el negocio, §. 9. *Inst. h. t.* Y aún estando principiado el negocio, puede haber tambien lugar á la revocacion; pero ha de quedar indemne el mandatario. La razon de esto se ha dado en el título anterior, §. 950. Se acaba 3º por la *renuncia* no in-

(1) Aunque el mandante puede revocar el poder sin causa alguna ántes de comenzarse, y aún despues de comenzado el negocio, con todo en el caso de que la parte contraria ó el mandatario lo contradiga, reputándose infamado por la revocacion, no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que señala la *L. 24. tit. 5. Partida 3.* Mas, para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria en la práctica, se hace la revocacion, diciendo: «que se revoca el poder dado á fulano, dejándole en su buena opinion y fama;» con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas.

A los procuradores ó mandatarios para pleitos se les acaba el poder, tanto por muerte del mandatario como del mandante, siempre que la muerte acontece ántes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder ántes que muera el poderante, y la demanda está contestada, no espira su poder, y puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado, *L. 23. tit. 5. Part. 3.* De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda, se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie.

tempestiva del mandatario; porque así como el mandante tiene libertad de revocar el mandato, así también el mandatario puede renunciarlo libremente, con tal que lo haga con oportunidad, §. 41. *Inst. h. t.* Efectivamente, si por ejemplo, un procurador mio en Alemania, habiendo recaído una sentencia contraria, renunciase el mandato, y esto motivase el ser yo excluido de la apelacion, esta renuncia seria intempestiva. Conclúyese 4º por *muerte de los contrayentes*, pues eligiéndose la industria de la persona, no puede el mandato pasar á los herederos; y ademas, estableciéndose el mandato en virtud de amistad, muchas veces sucederia que el heredero del mandante no fuese tan amigo mio como el difunto: la muerte todo lo disuelve.

§. CMLXII, CMLXIII y CMLXIV. Vº Falta que expliquemos la accion que se deriva de este contrato. Por ser este bilateral son dos las acciones, §. 782, pues el mandatario se obliga desde el principio por la naturaleza misma del contrato, y el mandante se obliga por el resultado, cuando el mandatario hizo algunos gastos ó sufrió algunos perjuicios. La una de estas acciones es *directa*, la otra *contraria*, §. 782. Finalmente por razon de ser este contrato nominado, es preciso que la accion que de él resulta, sea del mismo nombre, y por eso se llama *accion de mandato directa y contraria*. Por aquella obra el mandante contra el mandatario, para que se concluya y desempeñe el negocio, se den cuentas, se entregue la cosa adquirida por el mandato, se presten los daños, en una palabra, para todo aque-

llo á que el mandatario está obligado por el contrato. Por esta obra el mandatario contra el mandante, para obtener indemnizacion, puesto que la naturaleza de todas las acciones contrarias se dirige á conseguirla, §. 782.

## TÍTULO XXVIII.

## DE LAS OBLIGACIONES QUE RESULTAN DE LOS CUASI CONTRATOS.

§. CMLXV y CMLXVI. Llevamos explicados todos los contratos *verdaderos nominados*, tanto los reales, tit. 45. como los verbales, tit. 46 al 47. Ahora debieran seguir los *inominados*, *doi para que des, doi para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*; pero los ha omitido Justiniano. Habiendo pues hasta aquí tratado de los verdaderos contratos, siguen los *cuasi contratos*; y los definimos de esta manera: *cuasi contratos son unos hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres, aun ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad*. Decimos *unos hechos honestos*, porque en cuanto á las cosas torpes no hai ninguna obligacion, segun dijimos en el titulo anterior, §. 953. Añadimos que la obligacion nace *de un consentimiento presumido ó fingido*, porque la diferencia que arriba en el §. 768. hemos señalado entre los verdaderos y los cuasi contra-

tempestiva del mandatario; porque así como el mandante tiene libertad de revocar el mandato, así también el mandatario puede renunciarlo libremente, con tal que lo haga con oportunidad, §. 41. *Inst. h. t.* Efectivamente, si por ejemplo, un procurador mio en Alemania, habiendo recaído una sentencia contraria, renunciase el mandato, y esto motivase el ser yo excluido de la apelacion, esta renuncia seria intempestiva. Conclúyese 4º por *muerte de los contrayentes*, pues eligiéndose la industria de la persona, no puede el mandato pasar á los herederos; y ademas, estableciéndose el mandato en virtud de amistad, muchas veces sucederia que el heredero del mandante no fuese tan amigo mio como el difunto: la muerte todo lo disuelve.

§. CMLXII, CMLXIII y CMLXIV. Vº Falta que expliquemos la accion que se deriva de este contrato. Por ser este bilateral son dos las acciones, §. 782, pues el mandatario se obliga desde el principio por la naturaleza misma del contrato, y el mandante se obliga por el resultado, cuando el mandatario hizo algunos gastos ó sufrió algunos perjuicios. La una de estas acciones es *directa*, la otra *contraria*, §. 782. Finalmente por razon de ser este contrato nominado, es preciso que la accion que de él resulta, sea del mismo nombre, y por eso se llama *accion de mandato directa y contraria*. Por aquella obra el mandante contra el mandatario, para que se concluya y desempeñe el negocio, se den cuentas, se entregue la cosa adquirida por el mandato, se presten los daños, en una palabra, para todo aque-

llo á que el mandatario está obligado por el contrato. Por esta obra el mandatario contra el mandante, para obtener indemnizacion, puesto que la naturaleza de todas las acciones contrarias se dirige á conseguirla, §. 782.

## TÍTULO XXVIII.

## DE LAS OBLIGACIONES QUE RESULTAN DE LOS CUASI CONTRATOS.

§. CMLXV y CMLXVI. Llevamos explicados todos los contratos *verdaderos nominados*, tanto los reales, tit. 45. como los verbales, tit. 46 al 47. Ahora debieran seguir los *inominados*, *doi para que des, doi para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*; pero los ha omitido Justiniano. Habiendo pues hasta aquí tratado de los verdaderos contratos, siguen los *cuasi contratos*; y los definimos de esta manera: *cuasi contratos son unos hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres, aun ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad*. Decimos *unos hechos honestos*, porque en cuanto á las cosas torpes no hai ninguna obligacion, segun dijimos en el titulo anterior, §. 953. Añadimos que la obligacion nace *de un consentimiento presumido ó fingido*, porque la diferencia que arriba en el §. 768. hemos señalado entre los verdaderos y los cuasi contra-

tos, es el que aquellos nacen de un consentimiento verdadero, y estos de uno fingido ó presunto. Mas por cuanto la lei nada puede fingir sin fundamento (porque ¿quién podría tolerar á un legislador que fingiese que sus súbditos habian cometido un hurto, no habiéndolo cometido en realidad?) se pregunta, cuáles son estos fundamentos? La *equidad* y la *utilidad*.

§. CMLXVII. Espondremos pues algunas reglas, por las que aparezca, cuándo las leyes pueden fingir ó presumir que uno ha consentido. 1º *Se presume que todos consienten en aquello que les trae utilidad*. Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor para la indemnizacion, aunque sea infante, y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 2º *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro*. Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor para la indemnizacion, aunque sea infante, y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 3º *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro*. Por este fundamento está obligado á la restitucion aquel, á quien por error se pagó lo que no se le debia. Estas son las principales reglas. Pero en nuestras *Pandectas*, P. I. §. 362. añadimos, 3º *El que quiere lo que antecede, no puede dejar de querer lo que se sigue*. Por esta razon se obliga el marinero, tabernero y posadero, en el caso de haber recibido cosas mías, á prestar el daño causado en ellas.

§. CMLXVIII. Con estas premisas sobre la naturaleza de los cuasi contratos, pasaremos ahora á tratar de

ellos; y aunque son muchos, aquí sin embargo no hablaremos mas que de seis: 1º *gestion ó agencia de negocios*, §. 969-974; 2º *la tutela*, §. 975-979; 3º *comunion de herencia*, y 4º *comunion de cosas*, §. 980-984; 5º *adicion de herencia*, §. 985 y 986; y 6º *paga de lo indebido*, §. 987-992. Tales son las partes de este título: vamos ahora á hablar de cada una de ellas.

§. CMLXIX. 1º El primer cuasi contrato es la *gestion ó agencia de negocios*, acerca de la cual se pregunta, 1º *qué cosa sea*, §. 969; 2º *qué obligacion mutua nace de él*, §. 970 y 974; y 3º *qué acciones produce*, §. 972-974.

1º *Qué cosa sea gestion de negocios*, lo manifiesta la definicion: es *un cuasi contrato, por el que uno se encarga de manejar útil, espontánea y gratuitamente los negocios estrajudiciales de otro que lo ignora*. Esta definicion es preciso entenderla bien. Decimos que es un *cuasi contrato*, porque si hubiese un verdadero consentimiento de parte de ambos, el que desempeña los negocios ajenos, no seria agente de negocios, sino *mandatario* ó *procurador*. Decimos además, *los negocios de otro que lo ignora*; porque si este lo sabe y lo consiente, es un *mandato tácito*, del cual se ha tratado arriba en el §. 955: si lo prohíbe, no resulta ninguna obligacion. Añadimos, que los negocios han de ser *estrajudiciales*, pues si uno toma sobre sí el negocio judicial de un ausente, se llamará *defensor*, no agente de negocios. Y esta es la razon por que tambien una mujer puede encargarse de negocios

ajenos, *L. 3. §. 1. ff. Neg. gest.*, sin embargo de que no puede pedir por otro en juicio, *L. 4. ff. De postul.*; y tambien por qué hasta el pupilo se obliga al ausente que administra los negocios de aquel, *L. 3. §. 4. ff. Neg. gest.* Por lo cual todo se reduce á que se haya promovido la utilidad de uno que esté ausente y lo ignore, por cuanto se considera que cualquiera consiente en lo que le trae utilidad, §. 967, ya sea mujer, ya pupilo quien la promueva. Por último decimos en la definicion, *espontánea y gratuitamente*, porque de otra manera no seria negocio de ninguna clase: no *locacion*, ni el contrato *doi para que des*, por no haber el otro consentido en ninguna merced, ni en dar nada; ni tampoco seria *agencia de negocios*, porque este contrato es gratuito.

§. CMLXX y CMLXXI. 2º De este cuasi contrato nace una mutua y reciproca obligacion entre el agente de negocios y los ausentes; y de ella vamos á tratar ahora.

(a) Á tres puntos reduciremos la obligacion de un agente de negocios: (a) este debe dirigir y manejar los negocios útilmente, porque en tanto obliga al ausente, en cuanto le proporciona utilidad, *L. 10. §. 1. ff. h. t.* Así es que si solo para objetos de recreo hiciese gastos en la cosa del ausente, no tendrá la accion de los negocios hechos, de la misma manera que si tomase sobre sí un negocio ajeno por lucro y comodidad propia, *L. 23. L. 27. L. 6. §. 3. ff. h. t.* Pero si llegase á producir utilidad al ausente, estará este obligado, aunque despues se interrumpa esta utilidad, *L. 10. §. 1. ff.*

*h. t. (b)* El agente de negocios por lo regular está obligado á la culpa levisima, *L. 23. ff. De R. J.* La razon es, porque se ha ofrecido espontáneamente, §. 788. Digo por lo regular, porque algunas vezes tansolo está obligado á la *leve*, á saber, si administró una cosa comun, ignorándolo el otro, *L. 40. ff. De neg. gest.* Á vezes solamente presta la culpa *lata*, esto es, cuando por necesidad ha tomado por su cuenta una cosa peligrosa, v. gr. para reparar casas que estén amenazando ruina, *L. 3. §. 9. ff. eod.* Hai ocasiones en que sufre el *caso fortuito*, por ejemplo, si emprendió sin necesidad una cosa llena de riesgos, contra lo que solia hacer el ausente, v. gr. si uno con el dinero de un ausente hace una nave y la carga, y despues perece en un naufragio, siendo así que el ausente nunca se habia dedicado al comercio marítimo, *L. 11. ff. L. 20. C. De neg. gest.* (c) El agente de negocios está obligado á dar cuentas (1) y restituir lo sobrante con intereses. La cosa es clara, pues el que administra cosas ajenas, tiene obli-

(1) El agente de negocios, aunque esté obligado á dar cuentas, no lo está á pagar un interes del dinero que se le remitió para las agencias, á no ser que reconvenido no lo entregase, ó que tomadas y liniquitadas las cuentas lo retuviese mas tiempo; en cuyos casos pagará el interes regular que se acostumbra á estilo de comercio, y no el doce por ciento que prescribe el Derecho romano. Por Derecho español todo administrador debe prestar la culpa leve, pero la *L. 34. tit. 12. Part. 5.* establece que preste la culpa levisima el que se encarga de la administracion de los bienes de un ausente, cuando los queria tomar otro mui cuidadoso.

gacion de dar cuentas de la administracion que ha tenido á su cargo. Pero hai de particular que el agente de negocios que usa del dinero de un ausente, debe un interes de doce por ciento, segun la *L. 38. ff. h. t.* Las leyes no favorecen á los que se entrometen en negocios ajenos.

(b) La obligacion del ausente se reduce á cinco puntos: (a) el agente de negocios obliga hasta al ignorante, y aún al que todavía no existe en la naturaleza de las cosas, es decir, al que aún no ha nacido, *L. 29. ff. h. t.*, y mucho mas (b) al furioso, *L. 3. §. 5. ff. De neg. gest.*; y (c) á aquel, sobre cuya persona se ha errado, por ejemplo, si creyendo desempeñar los negocios de Ticio, se desempeñasen los negocios de otro que tambien se llamase Ticio, *L. 5. §. 1. ff. eod.* Porque no requiriéndose aquí un verdadero consentimiento, y bastando que se haya promovido la utilidad de otro, no debe dudarse que tambien puede promoverse la utilidad del que no tiene noticia, la del furioso, y del que todavía no ha nacido. (d) No cesa la obligacion del ausente, porque la utilidad se haya casualmente interceptado, *L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. ff. eod.* Asi es que si, por ejemplo, reparé la casa de alguno, este me debe la indemnizacion, aún cuando despues pereciera por incendio la casa; la razon es porque en los contratos nadie paga el caso fortuito, §. 785. (e) El ausente está obligado al agente de negocios á la indemnizacion, *L. 3. L. 27. ff. eod.* El fundamento de esto está en la regla segunda del §. 967: *de nadie se presume que quiera enriquecerse con perjuicio de otro.*

§. CMLXXII — CMLXXIV. 3º Resta hablar de las acciones que nacen de este cuasi contrato. Llámense acciones de *agencia de negocios*, y de ellas una es *directa* y otra *contraria*. Aquella, á saber, la directa, se da al ausente contra el agente de negocios, para que dé cuentas, resarza los daños, restituya lo sobrante, y en fin haga todo aquello á que dijimos estar obligado un agente de negocios, §. 970. Esta, es decir, la contraria, compete al agente de negocios contra el ausente, para cobrarse los gastos necesarios y útiles, *L. 2. L. 27. L. 43. ff. h. t.*, y para obtener el interes del dinero que pagó por el ausente, *L. 49. §. 4. ff. L. 18. C. h. t.*

§. CMLXXV. IIº Otro de los cuasi contratos es la *tutela*; aunque esta puede considerarse de diversos modos. Respecto de la república, es un cargo público; respecto del pupilo, es una cualidad de los hombres *de su derecho*; como que entre estos unos están bajo tutela, otros bajo curaduría, y otros no están ligados por ninguno de estos derechos, §. 201. Finalmente, si consideramos la obligacion entre el tutor y el pupilo, dimana de un cuasi contrato, pues aunque el pupilo no puede obligarse directamente ni consentir, sin embargo se presume que ha consentido por la regla espuesta en el §. 676: *se supone que cualquiera consiente en aquello que le trae utilidad.*

§. CMLXXVI — CMLXXIX. La accion que nace de este cuasi contrato, es la accion *de la tutela*, que tambien es directa y contraria. Por aquella obra en juicio

el pupilo concluída la tutela; por esta el tutor: aquel para que se den cuentas y se resarzan los daños; este para la indemnizacion. Esto puede bastar, si se añade, 1º que estas acciones, cuando se entablan por un menor contra un curador, ó por un curador contra un menor, se llaman *útiles*; porque las acciones que no se derivan de las palabras de la lei, sino de la interpretacion de los juriscóntulos, llevan este nombre de útiles. 2º Que estas acciones no se deben confundir con la accion de los tutores sospechosos, ni con la accion de las cuentas fraudulentas. La accion de la tutela viene de un cuasi contrato; las otras dos de delito. La accion de la tutela se da concluída la tutela; la de los tutores sospechosos durante la tutela; la de las cuentas fraudulentas dadas ya las cuentas, en caso de que el tutor haya sustraído algo. La accion de la tutela compete, para que se den las cuentas; la de los tutores sospechosos, para la remocion del tutor que no ha obrado con fidelidad; la de las cuentas fraudulentas, para conseguir el duplo de lo que se ha sustraído. Todas estas acciones son infamantes, si aparece el dolo del tutor, y es condenado por ello.

§. CMLXXX — CMLXXXIII. IIIº y IVº El tercer cuasi contrato es la *comunion de herencia*, y el cuarto la *comunion de cosas*, segun Justiniano, §. 3. 4. *Inst. h. t.* Pero propiamente hablando la comunion de herencia y de cosas es un derecho *en la cosa*, á saber, un derecho comun hereditario, ó un dominio comun. Mas

la administracion de una herencia ó de una cosa comun es un cuasi contrato, porque del que administra, se presume que consiente en dar cuentas, por cuanto el que quiere lo antecedente, se supone que quiere tambien lo consiguiente; y se finge que aquel, cuya herencia ó cosa es administrada, ha consentido en prestar la indemnizacion, puesto que nadie debe querer hacerse mas rico con perjuicio de otro, §. 967. 2. De la administracion de la herencia comun nace la accion de *dividir la herencia* (*familiæ erciscundæ*); frase tomada de las XII Tablas, donde decia: *nomina erecta cito sunt*. *Erectus* significa todo, íntegro, indiviso; *citeré* significa dividir; y de aquí nació el compuesto *erciscere*, esto es, dividir el todo. Y como la palabra *familia* en las mismas XII Tablas significa herencia, toda la frase *familiam erciscere*, que tan ridícula ha parecido á Salmasio, forma un sentido perfecto, y quiere decir tanto como dividir toda la herencia, ó la herencia indivisa. Esta accion se da al coheredero, para dividir la herencia comun, y para la restitucion de los gastos y perjuicios. De esto se infiere 1º que esta accion se diferencia de la peticion de herencia, en que esta no se entabla contra el coheredero, sino contra el que posee como heredero ó poseedor; y no para dividir la herencia, sino para restituirla. 2º Que esta accion es mista, porque siempre que pido una porcion de mi herencia, lo hago en virtud de un derecho en la cosa; mas cuando trato de exigir las prestaciones personales, esto lo hago en virtud del cuasi contrato poco ántes des-

erito, y por eso esta accion es personal, por mas que re-  
huse concederlo Westembergio.

§. CMLXXXIV. Vamos á esponer en pocas reglas de  
qué modo se verifica la division de herencia. 1ª Las  
deudas se dividen *ipso jure*, y por tanto no necesitan  
de division. Si pues debió el difunto treinta mil, y son  
tres los herederos, *ipso jure* puede cada uno de ellos  
ser reconvenido por diez mil. Y si al difunto debió al-  
guno seis mil, y son tres los herederos, *ipso jure* cada  
uno de ellos tiene accion á dos mil, *L. 2. §. ult. L. 4.  
pr. ff. L. 6. C. Fam. erciscundæ*. 2ª Las cosas de uso  
prohibido no se dividen, por ejemplo los venenos, li-  
bros prohibidos, etc.; pero sobre este punto debe el  
juez proceder con mucho pulso, *L. 4. §. 1. 2. ff. eod.*  
3ª Los instrumentos comunes, el archivo, diplomas,  
escrituras, etc. no se dividen, sino que se depositan  
en poder del que tiene la mayor parte de la herencia,  
ó del de mayor edad, ó en algun edificio ú oficina, dán-  
dose á cada uno una copia, *L. 5. ff. eod.* 4ª Cuando  
la cosa no puede dividirse fácilmente, el juez la adju-  
dica toda á uno solo, obligándole á que dé á los demas  
la correspondiente parte del precio, §. 4. *Inst. De off.  
jud.* Así se verifica la accion *de dividir la herencia*;  
todo lo cual tiene tambien lugar en el juicio *de dividir  
lo comun*; por lo que nos contentaremos con explicar  
la diferencia que média entre estas dos acciones. 4º La  
accion *de dividir la herencia* es universal; la ac-  
cion *de dividir lo comun* es singular. 2º Aquella nace  
de la administracion de una herencia comun; esta de

la administracion de una cosa comun, v. gr. un predio.  
3º Aquella se da contra un coheredero; esta contra un  
conduenõ. Convienen sin embargo en ser mistas ambas  
acciones, en ser dobles, y en que ambos pueden hacer  
el papel de actor y reo, y por último en que por ambas  
uno pide al otro la satisfaccion del daño causado por  
culpa leve en concreto, *L. 25. §. 16. ff. Famil. ercisc.*  
La razon de esto queda dada en el §. 947.

§. CMLXXXV y CMLXXXVI. V.º El quinto cuasi con-  
trato es la *adicion de la herencia*. Cómo se haga esta,  
ya lo hemos dicho en el libro anterior, §. 592. Aquí  
debe notarse que el heredero, que admite una herencia  
que se le ha dejado, cuasi contrae con los legatarios y  
fideicomisarios, y se presume que queda obligado res-  
pecto de estos á pagarles los legados y fideicomisos, §.  
3. *Institut. h. t.* Decimos que el que admite, se obli-  
ga á los legatarios y fideicomisarios; y ¿á los acree-  
dores no se obliga tambien? No por cierto, porque á  
estos está obligado el heredero por el contrato hecho  
con el difunto. Si pues este debió ciento por razon de  
mutuo, se entablará contra el heredero la accion *de  
mutuo*; pero si debe por estipulacion, se obrará por  
medio de la accion *de estipulacion*, no en virtud de un  
cuasi contrato, porque al heredero se trasladan todos  
los derechos del difunto, *L. 2. §. 2. ff. De V. S. L.*  
*59. ff. De R. J.* Siendo así pues que la adicion de una  
herencia es un cuasi contrato, examinemos qué ac-  
cion nacerá de él. Se llama *accion personal de testa-  
mento*, y se da á los legatarios, fideicomisarios, y á cua-

lesquiera á quienes se deba algo por testamento, contra el heredero que acepta ( porque ántes de la adición no es heredero un extraño, sino que solo se debe considerar como heredero el que pertenezca á la clase de los que llamamos suyos y necesarios ), para que pague los legados, fideicomisos y todo lo demas que se haya dejado en el testamento, con todos los frutos é intereses debidos desde el tiempo de la demora, §. 5. *Inst. h. t.* De paso notaremos, que aunque por otros respectos la adición y la gestion de heredero sean diferentes, §. 92., aquí sin embargo, por lo que toca á esta accion, no média diferencia ninguna, y es igual el que uno se haga heredero aceptando la herencia, ú obrando como tal.

§. CMLXXXVII. VI.º El último cuasi contrato de que se habla en la Instituta, es la *paga de lo indebido*; de la cual hablaremos con alguna estension en lo que resta de este titulo. Se pregunta pues, 1º que cosa sea paga de lo indebido? §. 987; 2º cuándo se puede repetir ó reclamar? §. 988-990; y 3º con qué accion? §. 991 y sig.

1º La paga de lo indebido es un cuasi contrato, por el cual uno, que por error de hecho paga lo que naturalmente no debe, obliga al otro que lo recibió por ignorancia, á que lo restituya. Decimos en esta definicion que es un cuasi contrato, porque á la verdad, segun observa elegantemente Justiniano, §. 6. *Inst. h. t.*, el que por error paga lo que no debe, no trata de entablar, sino de deshacer un negocio. Y sin em-

bargo, siendo injusto que uno se quiera enriquecer con perjuicio de otro, §. 967. 2., el que recibe, está obligado á restituir del mismo modo que si hubiese recibido el dinero prestado, §. 4. *Inst. Quibus mod. re contr. oblig.* Las demas palabras de la definicion manifiestan cuándo hai lugar á que se repita lo indebido, lo cual esplicaremos claramente en los siguientes párrafos.

§. CMLXXXVIII — CMXC. 2º Si preguntamos pues cuándo hai lugar á repetirse lo indebido (1), se dirá, que se requiere (a) en el que paga, ignorancia; (b) en aquello que se paga, que no sea debido; (c) en el que recibe, se necesita asimismo ignorancia.

(a) En el que paga se requiere ignorancia. Porque del que sabiendo que no debe, paga, se cree que da, L. 1. §. 1. ff. *De condict. indeb.* Pero la ignorancia es de dos modos, *del Derecho* y *del hecho*. El que por ignorancia del Derecho paga, nada puede repetir, como no sea menor, mujer ó militar, á los cuales no daña ignorar el Derecho, L. 40. C. L. 9. pr. ff. *De jur. et fact. ignor.*; mas el que paga por ignorancia del hecho, tiene derecho á la repetición, porque un hecho puede engañar al mas avisado. Por ejemplo, un heredero ignoró la lei falcidia y pagó todos los legados sin quitar la cuarta; ahora pues, si intenta reclamar lo que

(1) En España no tiene lugar la restitucion de lo pagado indebidamente, si el pago se hizo á titulo de transaccion, de dote ó de arras, sin limitarse al caso en que sea la madre la que pague, L. 35. tit. 14. Part. 5.

pagó mas de lo justo, será oído? No por cierto, porque erró en el Derecho: hubiera debido consultar á personas inteligentes. Por el contrario yo, v. gr. quise pagar á Ticio; y como hubiese dos de este nombre en la ciudad, pagué á aquel á quien nada debía: preguntase, si yo podré reclamar? Se afirma, segun la *L. 65. §. ult. ff. De condict. indeb.*, y con razon, puesto que erré en un hecho, no en el Derecho. (b) Se requiere que *no se deba* lo que se paga. Lo indebido es de dos maneras, (a) ó porque, aunque se deba naturalmente, no se debe por Derecho civil; por ejemplo, si pagué lo que tenia prometido por un pacto simple, esto se debía natural, no civilmente. (b) Ó porque se debía civil, mas no naturalmente; v. gr. si pagué lo que habia prometido por miedo, esto lo debía yo civilmente, pero no segun la equidad natural. (c) Ó porque ni média obligacion natural ni civil, por ejemplo, si pago por error como prestado á quien nada debo. En el primer caso no puedo repetir lo que he pagado, en los dos últimos se concede la reclamacion: v. gr. si un hijo de familia vuelve el dinero que se le habia prestado, pudiendo oponer la escepcion del senadoconsulto macedoniano, ¿tendrá derecho á repetir? No lo tendrá por la *L. 40. ff. De cond. indeb. L. 40. ff. ad SC. macedon.*, porque debe naturalmente. Si por el contrario pagó una deuda del padre, por creer que aún no estaba estinguida, y despues halló el recibo, podrá repetir? Sí que podrá, por cuanto no debió natural ni civilmente. (c) En el que recibe se requiere tambien ignorancia; pues si supo que

nada se le debía, y sin embargo recibió, es un ladron, y habrá contra él la *accion de hurto*, para recobrar aquel dinero, *L. 48. ff. De cond. furt.* No obstante no se dará fácilmente contra él accion de hurto en el duplo ó euádruplo, por ser infamatoria esta accion, y no deberse manecillar temerariamente la reputacion de los hombres.

§. CMXCI y CMXCII. Falta explicar por qué accion se repite lo indebido. Llámase *accion de lo indebido (condictio indebiti)*, y se da al que por error de hecho pagó lo que naturalmente no debía, contra el que recibió por error é ignorancia, y contra su heredero, para que restituya lo pagado con sus frutos y agregados. De aquí inferimos, (a) que solo el que recibe, es el obligado, y por lo mismo este contrato es unilateral, y por consiguiente de estricto derecho, §. 781. (b) Que por esta accion no se pueden pedir intereses, porque estos no se deben por los contratos *de estricto derecho*, á no ser que espresamente se hayan prometido, §. 784. *L. 1. C. De cond. indeb.* (c) Que esta accion no debe confundirse con otras acciones, á saber, las *de causa dada, causa no seguida, por causa torpe y sin causa*. La diferencia es clara: ó he dado yo por una causa pasada, ó por una futura: si fué por una causa pasada, entablo la condiccion de lo *indebido*; mas si fuera por una futura, entónces, ó esta causa fué *honestá*, ó por parte del que recibe, *torpe*. Si lo primero, tiene lugar la accion *de causa dada, causa no seguida*; por ejemplo, si una mujer diese la dote, y luego

no se verificase el matrimonio. Si lo último, puedo usar de la accion *por causa torpe*; v. gr. si di á un ladrón dinero, para que no me matase. Finalmente si otro posee una cosa mia sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas acciones, para este caso hai la accion *sin causa*; por ejemplo, si otro posee mi recibo, habiendo yo pagado. Por lo cual esta última accion viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas acciones se trata latamente en las Pauctectas, libros XII y XIII.

## TÍTULO XXIX.

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR  
UNA OBLIGACION.

§. CMXCIII y CMXCIV. Todo este título 'es casi superfluo, porque arriba en el libro II hemos explicado el título 9, cuya rúbrica es: *Por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos tambien adquirir una obligacion. En dicho tit. 9 hemos dado la regla de que cualesquiera personas que estén bajo nuestra potestad, ya señorial, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos tambien adquirir una obligacion. Por ejemplo, si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero

un tercero que sea extraño, ninguna obligacion puede adquirir para mí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.* Así es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Aquí debe ademas observarse una regla que en el tit. 9 del lib. II no hemos espuesto, á saber, que la condicion existente se retrotrae al principio, si yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, *L. 41. §. 4. ff. Qui pot. in pign.* Esto quiere decir, que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple despues, v. gr. á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo, dice un hijo: me darás mil, si me hiciese doctor? Poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradúa de doctor. Pregúntase aquí, ¿para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por cuanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, *L. 78. ff. De V. O.* Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observámos en el escolio del §. 993.

## TÍTULO XXX.

## DE QUÉ MODOS SE ESTINGUE LA OBLIGACION.

§. CMXCV — CMXCVII. Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas por cuanto no solo con-

no se verificase el matrimonio. Si lo último, puedo usar de la accion *por causa torpe*; v. gr. si di á un ladrón dinero, para que no me matase. Finalmente si otro posee una cosa mia sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas acciones, para este caso hai la accion *sin causa*; por ejemplo, si otro posee mi recibo, habiendo yo pagado. Por lo qual esta última accion viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas acciones se trata latamente en las Paudectas, libros XII y XIII.

## TÍTULO XXIX.

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS PODEMOS ADQUIRIR  
UNA OBLIGACION.

§. CMXCIII y CMXCIV. Todo este título es casi superfluo, porque arriba en el libro II hemos explicado el título 9, cuya rúbrica es: *Por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos también adquirir una obligacion. En dicho tit. 9 hemos dado la regla de que cualesquiera personas que estén bajo nuestra potestad, ya señorial, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos también adquirir una obligacion. Por ejemplo, si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero

un tercero que sea extraño, ninguna obligacion puede adquirir para mí, §. 4. *Inst. De inut. stipul.* Así es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Aquí debe además observarse una regla que en el tit. 9 del lib. II no hemos espuesto, á saber, que la condicion existente se retrotrae al principio, si yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, *L. 41. §. 4. ff. Qui pot. in pign.* Esto quiere decir, que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple despues, v. gr. á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo, dice un hijo: me darás mil, si me hiciese doctor? Poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradúa de doctor. Pregúntase aquí, ¿para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por cuanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, *L. 78. ff. De V. O.* Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observámos en el escolio del §. 993.

## TÍTULO XXX.

## DE QUÉ MODOS SE ESTINGUE LA OBLIGACION.

§. CMXCV — CMXCVII. Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas por cuanto no solo con-

viene saber cómo se contraen las obligaciones, sino también cómo se disuelven, falta ahora esponer esta doctrina estensamente en el último capítulo de este libro.

Preliminarmente haremos algunas divisiones. Toda obligación se estingue, ó *ipso jure*, ó *por medio de escepcion*. Se dice que la obligación se estingue *ipso jure*, cuando el modo de disolverse la obligación tiene efecto desde el tiempo en que empieza á existir, aún cuando no se haya todavía opuesto ninguna escepcion. Por ejemplo, en el año de 1723 comencé á deber á Ticio ciento; en el año de 1724 él empezó á deberme á mí ciento; si Ticio procede contra mí, para que se le pague la deuda, yo digo que esta deuda ha desaparecido por compensacion. Reconoce esto Ticio, pero sin embargo cree que puede pedir los intereses hasta el año de 1727; esto lo niego yo, y sostengo que debe contentarse con los de un solo año, por cuanto la compensacion tuvo su efecto en el mismo año de 1724, aunque yo no haya usado todavía de esta escepcion. Por el contrario, la obligación se estingue *por medio de escepcion*, cuando aquella no se acaba ántes del momento en que se ha usado de la escepcion, *L. 27. §. 52. ff. De pact.* Por ejemplo, un hijo de familia recibió en empréstito doscientos florines en el año de 1723; se entabla accion contra él, y el deudor opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano. Se pregunta, ¿si ya en el año de 1723 se habia estinguido la obligación, ó si esto no se verifica hasta el año de 1727

en que se opone la escepcion? Se responde que el hijo de familia no queda libre hasta el año de 1727, por cuanto la obligación no se estinguió *ipso jure*, sino en virtud de escepcion.

Vamos á ver los modos con que la obligación se estingue *ipso jure*. Son de dos clases, ó *comunes* á los demas contratos, ó *propios* tan solo de algunos de ellos; así, por ejemplo, la paga ó solucion es comun á todos los contratos, porque por medio de ella se estingue el mutuo, el comodato, la prenda, la estipulacion y todos los demas. Al reves, por medio de la *acceptilacion* no se disuelven mas contratos que los verbales: por medio del *mutuo disentiemento* solamente los consensuales: el fundamento de esto estriba en aquella regla del Derecho, de que nada hai tan natural como que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, *L. 35. L. 100. ff. De R. J.* Luego los contratos verbales se deben estinguir con palabras solemnes; los consensuales con el disentiemento, mas no los reales ni literales. Dada esta previa esplicacion, ya podemos esponer todos los modos comunes y propios. De aquellos hai seis: 1º *solucion* ó paga, de que se tratará en los §§. 998-1002; 2º *compensacion*, §. 1003-1005; 3º *confusion*, §. 1006; 4º *oferta y consignacion*, §. 1007 y 1008; 5º *destruccion de la cosa*, §. 1009 y 1010; y 6º *novacion*, §. 1011-1019. De estos, es decir, de los propios se cuentan dos; 7º *acceptilacion*, §. 1020-1028, y 8º *el mutuo disentiemento*, §. 1029-1031. Vamos á tratar de cada uno de estos modos por su orden.

§. CMXCVIII — MII. 1º El primer modo comun de extinguirse las obligaciones es la *solucion* ó paga, que definimos diciendo ser *una verdadera prestacion de aquello á que uno está obligado*, L. 176. ff. De V. S. Se requiere una *verdadera* prestacion ó satisfaccion para que se distinga de la compensacion, porque aunque para esta valga tambien la regla de que *compensar es pagar*, esto solo se entiende en cuanto al efecto, que es el mismo que el de la solucion. Sin embargo, propriamente hablando, la compensacion no es solucion, porque verdaderamente no se satisface á lo que exige la obligacion. Si preguntamos, 1º quiénes pueden pagar? se responde, que todos aquellos que tienen la libre administracion de sus cosas, §. ult. Quib. alien. licet. De lo cual se deduce que el pupilo no puede pagar: sobre lo que ya hemos hablado en el §. 466. Por lo demas ninguna diferencia média en que yo pague por mí mismo ó por otro; por uno que quiere, ó por otro que lo repugna; por uno que lo sabe, ó por otro que lo ignora, L. 20. L. 40. L. 53. ff. De solut. La razon es porque la obligacion siempre se estingue, bien que el que pagó por uno que lo repugnaba, no puede repetir ó no tiene accion contra aquel por quien pagó, á no ser que ántes de la solucion haya recibido del acreedor los derechos que este le cedió, porque entónces obra como procurador ó mandatario en una cosa suya, §. 958. Si se pregunta, 2º cómo debe hacerse la solucion? responderemos, (a) que ha de pagarse lo que se debe, no una cosa por otra, á no ser que lo consienta el acreedor.

Así que, si por ejemplo uno debe cien áureos, no puede pagar en trigo, aromas, libros, etc., como el acreedor no quiera. Pero si este se conviene, entónces hai lo que se llama *dacion en pago*. (b) Que se debe pagar toda la deuda; pues nadie está obligado á recibir parte de la paga, por los varios inconvenientes que esto trae, especialmente porque el dinero que no se toma junto, no luce, L. 9. C. De solut. L. 41. §. 1. ff. De usur. Hai sin embargo una escepcion, á saber, (a) si las deudas son diversas: en este caso puedo satisfacerlas una por una. (b) Si la deuda en parte es líquida y en parte ilíquida; pues entónces el juez mandará que al instante se pague lo líquido, y que lo ilíquido se ventile judicialmente, L. 21. ff. De rebus cred. (c) Se debe pagar al tiempo y en el lugar convenidos. Si, por ejemplo, prometí pagar en Amsterdam, no puedo pagar en Leipsig: si debo pagar el primer día de abril, no puedo aguardar al primero de mayo, á no ser que el acreedor me conceda algun respiro, L. 39. ff. De solut. Por consiguiente el que paga mas tarde y en lugar distinto, está obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios que este trastorno pueda causarle; y para esto hai las acciones llamadas *triticaria* y *de eo quod certo loco*, de las cuales se trata en las Pandectas. La cuestion sobre el efecto de la solucion ó paga la espóndremos fácilmente. La solucion estingue *ipso jure* todas las obligaciones; y como cesando la obligacion principal, cesan tambien las accesorias, se sigue que los fiadores, prendas é hipotecas quedan igualmente libres, L. 43. ff. De

*solut.*; á no ser que el acreedor use del derecho de retencion, y retenga la prenda en seguridad de otro crédito aún no satisfecho; lo cual puede hacer. Sobre esto hemos hablado en el §. 325.

§. MIII—MV. IIº Otro modo comun de estinguirse las obligaciones *ipso jure* es la *compensacion*. La definimos *el descuento que se hace de las deudas y créditos reciprocos*, L. 4. ff. *De compensat.* Su fundamento es la regla filosófica, *lo que se puede hacer directamente, no debe hacerse por rodeos*. Porque si se hubiese de proceder por orden, primero yo deberia pagar al acreedor los ciento que le debo, y despues tendria él que pagarme los ciento que me debe. ¿Para qué pues tantos rodeos, pudiendo la cosa componerse de suerte que yo retenga mi dinero y él el suyo? Cuando se hace esto, se dice que se ha compensado ó satisfecho la una deuda con la otra. Acerca de esta compensacion consideraremos, 1º los requisitos, y 2º los efectos. 1º Los principales requisitos son tres: (a) que por ambas partes haya una deuda efectiva, líquida, pura; porque lo efectivo no puede compensarse con lo que no lo es ni lo líquido con lo ilíquido, ni lo puro con lo condicional, por no haber todavía certidumbre de si se debe, L. 30. L. 41. ff. L. ult. §. 1. C. *De comp.* L. 7. L. 47. §. 4. ff. *eod.* (b) Que ambas deudas sean de estimacion cierta ó determinada. Por lo cual no puede compensarse el género con el género, por ser de incierta estimacion. Si, por ejemplo, Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, no podremos compensar estas deudas.

(c) Que sea uno mismo el deudor y el acreedor. Si pues mi hermano debe á Ticio ciento, y Ticio me debe á mí otros ciento, no hai lugar á la compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor, L. 46. pr. L. 48. §. 1. ff. *De comp.* Esto es tan cierto, que si el fisco me debe á mí y yo debo al fisco, solo tendrá lugar la compensacion, siendo una misma la caja ó administracion que me debe y á la cual debo, L. 46. §. 5. ff. *De jure fisci*, L. 1. C. *De comp.* 2º El efecto de la compensacion es el mismo que el de la solucion, de que hablamos en el §. 1002. Pero si la deuda y créditos reciprocos son de diversa cantidad, ¿qué ha de observarse? Entónces de la deuda mayor se rebaja la suma menor, L. ult. C. *De comp.* Por ejemplo, si Ticio me debe mil, y yo á él seiscientos, la deuda de Ticio se disminuye por compensacion hasta cuatrocientos florines, que son los que únicamente tendrá que pagarme.

§. MVI. IIIº El siguiente modo de disolver la obligacion es la *confusion*, por la cual entendemos aquel caso, en que el derecho del acreedor y el del deudor se reúnen en una misma persona, L. 75, L. pen. ff. *De solut.* Y es bien claro que entónces debe disolverse la obligacion, porque, ¿quién puede ser deudor y acreedor de sí mismo? Solo pues se trata de saber, ¿cuándo puede suceder que se haga acreedor el que era deudor? Se responde que este caso se concibe mui fácilmente en la herencia: por ejemplo, Ticio me debe dos mil; al morir me instituye heredero; yo acepto la

herencia; pues con esto me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero paso á todos los derechos y obligaciones del difunto. Luego la confusion se hace por la adición, y por consiguiente espira el débito ú obligación.

§. MVII y MVIII. IVº El cuarto modo de extinguirse las obligaciones en todos los contratos es la *oferta y consignación*, á las cuales hai lugar, siempre que el acreedor es moroso en recibir, ó no quiere ó no puede recibir el dinero que se le ofrece. Por ejemplo, uno me vendió un predio por dos mil florines, y preparo el dinero y se lo ofrezco, segun lo convenido entre nosotros: él no puede recibirlo, porque no caiga en mano de sus acreedores: en este caso puedo yo usar de la oferta y consignación. Qué cosa es pues la oferta y consignación? Es un modo de suprimirse la obligación, si el deudor presenta y deposita judicialmente todo el dinero, que en su justo lugar y tiempo ha ofrecido al acreedor, y este no ha aceptado. Requiérese pues, 1º que yo ofrezca al acreedor todo el dinero en el tiempo y lugar que corresponde: 2º que el acreedor sea citado por el juez, para que vea entregar y depositar el dinero: 3º que yo cuente ante el juez el dinero, y á presencia del acreedor lo meta en una bolsa, y pida que se selle con el sello judicial: y 4º que se escriba en las actas la cantidad. El efecto de esto es, 1º que yo quedo libre de toda obligación del mismo modo que si hubiese pagado: 2º que se detiene el curso de los intereses: y 3º que si el dinero perece en la casa judicial por in-

endio ó hurto, no perece para mí, sino para mi acreedor. Véase la *L. 9. C. De solut.*

§. MIX y MX. Vº Sigue la *destrucción de la cosa*, otro de los modos de extinguirse indistintamente *ipso jure* todas las obligaciones de cualquier contrato que provengan. Pero respecto de la cosa que debo, se necesita de alguna distincion: ó debo un *género*, v. gr. un caballo; ó una *especie*, v. gr. tal caballo de la cuadra; ó debo una *cantidad*, por ejemplo, cien florines. Si debo género ó cantidad, no libra la destrucción de la cosa, porque el género y la cantidad no perecen. Por eso, si v. gr. debiendo yo un caballo y comprando uno para entregarlo, muere ántes de verificarse, no quedo libre, por cuanto fui deudor de género, y no precisamente de tal ó cual caballo que yo habia comprado. Ni tampoco quedo libre, si debiendo cien florines, y teniéndolos ya contados sobre una mesa, vino un ladrón y me los robó ántes de entregarlos, pues debia una cantidad en general, la cual nunca perece; y no precisamente aquella moneda que yo tenia contada sobre la mesa. Mas si debo una *especie*, por ejemplo, tal casa, tal caballo, en pereciendo estas cosas, se estingue la obligación, *L. 23. L. 24. pr. ff. De V. O.*; porque lo que no está en la naturaleza de las cosas, no puedo pagarlo. Pero no sucede así, (a) si yo fuese moroso; (b) si poseyese con mala fe una cosa viciosa, v. gr. furtiva; (c) si la cosa pereciese por dolo ó culpa mia. De lo que únicamente tratamos, es del caso en que por casuali-

dad pereció la cosa, pues la casualidad por nadie es satisfecha en los contratos.

§. MXI. — MXIX. VI.º El modo sexto y último de disolverse una obligación se llama *novación* (1); por la cual entendemos la trasmutación de la primera deuda en otra obligación, *L. 4. pr. ff. De novat.* Por ejemplo, yo antes debía por estipulación; ahora doí una obligación, y ya debo por lo escrito. Antes debía por pacto sencillo, ahora prometo de nuevo por estipulación, etc. Esta novación es de dos modos; una *voluntaria*, que hacen por convención los que quieren; por

(1) La novación *necesaria* se llama también *acumulativa*, porque no extingue la obligación primera, antes bien la robustece y fortifica mas y mas; v. gr. debo diez pesos en virtud de mutuo: se presenta el acreedor contra mí, para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándolo se hace novación, y debiendo antes solamente por mutuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litiscontestación; y así cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvenirá por el actor con la acción de mutuo, sino con la acción de cosa juzgada. Véase á Febrero, *Del juicio ejecutivo*, lib. 3. cap. 2. § 10. n. 220 á 222.

Para que se entienda hacer novación, es menester que los contrayentes lo expresen claramente; y así, porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligación, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas añadiendo obligación á obligación. En consecuencia de esto no se hace novación propiamente por la intervención de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte espresamente: esta especie de novación se llama *con delegación*. Comunmente la dividen en una que llaman *con delega-*

ejemplo, si entre nosotros conviniéremos que el dinero que tengo en depósito, empiece ya á tenerlo en empréstito: aquí nadie nos obligó á la novación, y por tanto esta fué voluntaria, *L. 2. ff. cod.* Otra es *necesaria*, que se hace aún con repugnancia por la litiscontestación; v. gr. si yo debí por empréstito ciento, se instituye acción, y me manda el juez contestar el pleito: hecho esto (lo cual tal vez hago contra mi voluntad), al instante se verifica la novación, y siendo así que antes debía por mutuo, ahora empiezo á deber por el cuasi contrato de la litiscontestación; de suerte que si salgo condenado, no soi reconvenido por la acción *cier-*

*cion*, y otra *sin ella*. Esta se hace, cuando permanecen el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligación: la otra es, cuando se muda la persona del deudor. La novación sin delegación se puede hacer de tres modos: primero, mudando la especie de obligación, v. gr. debía antes cien pesos por depósito, y ya los debo por mutuo. Segundo, añadiendo ó quitando alguna cosa á la primera obligación, v. gr. antes debía yo cien pesos sin interes, ahora prometo los mismos con él. Tercero, si nada se muda, sino solamente se renueva la primera obligación. La novación con delegación se verifica tomando otra persona en sí la obligación, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama *espromisión*. Remitimos al lugar citado al que quiera ver tratada esta doctrina con la claridad y estension necesarias.

Por nuestras leyes también se disuelve la obligación por el pacto de no pedir, *LL. 1. y 2. título 14. Part. 5.*, en cuya glosa Gregorio López juzga que este pacto contiene la aceptación; y como esta tiene la eficacia de disolver la obligación, también la tiene el pacto de no pedir.

*ta de mutuo*, sino por la accion *de lo juzgado*, que procede del cuasi contrato, *L. 29. ff. De nov.* Ademas la novacion se hace, ó *sin delegacion*, cuando permanece uno mismo el deudor y el acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion, ó *con delegacion*, cuando se muda la persona del deudor. La *primera* se hace de tres modos: 1º si se muda la especie de la obligacion, v. gr. si ántes debia ciento por estipulacion, y ahora bago una obligacion de esta cantidad. 2º Si á la primera obligacion se le agrega ó quita algo, por ejemplo, si ántes debia yo ciento sin interes, y ahora los prometo con él. 3º Si nada se muda, sino que únicamente se renueva la primera obligacion; v. gr. si en el año de 1723 habia yo dado un papel de obligacion, y luego doi otro nuevo destruyendo el primero. Esto último es indispensable, porque de otra manera, si no se destruyese la primitiva obligacion, ambas valdrian y producirian sus respectivas acciones, *L. últ. C. De novat.* La *segunda* novacion con delegacion se hace por promesa formal, á saber, si me cargo yo enteramente con la deuda de otro, de manera que el primer deudor quede del todo libre. Es solemne el ejemplo del apóstol san Pablo, *ep. ad. Philem. v. 18.*, cuando promete por Onésimo: *Si quid tibi debet Onesimus, ego Paulus, mea manu scribo, ego solvam*: Yo, Pablo, que te escribo esta de mi puño y letra, te pagaré lo que te debe Onésimo. Tan luego como Filemon recibió esta promesa de san Pablo, se verificó la novacion con delegacion, por haberse mudado la persona del deudor,

pues ántes debia Onésimo y despues debia el apóstol. El efecto de la delegacion voluntaria es que la primera obligacion se suprime y se sustituye la nueva, de suerte que no se concede recurso contra el primero, aún cuando, por ejemplo, el prometedor no tenga con que pagar, *L. 26. §. 2. ff. Mand.* El efecto de la delegacion necesaria es que la accion temporal se hace perpetua, y penal persecutoria de la cosa, y por tanto se da también contra los herederos, *L. 6. §. últ. ff. De re jud. L. 26. ff. De O. et A.*

Dejamos dicho todo cuanto pertenece á esta materia. Resta todavía esplicar la diferencia que hai entre la *fianza* y la *promesa formal*, y asimismo entre la *delegacion* y la *cesion*. 1º Por la fianza no se hace ninguna novacion; por la promesa formal se hace. 2º La obligacion del fiador no destruye la obligacion del deudor principal, sino que se agrega subsidiariamente; el prometedor libra enteramente al primer deudor. De esta suerte también 3º la delegacion no puede hacerse, á no ser con consentimiento de todos, del acreedor y del deudor; pero sí puede hacerse la cesion, aún ignorándolo ó repugnándolo mi deudor, *L. 1. C. De nov.* 4º En la delegacion se muda la persona del deudor; en la cesion la persona del acreedor.

§. MXX — MXXVIII. Hasta aquí llevamos explicados los seis modos comunes: siguen los dos propios, á saber, la *acceptilacion*, que es propia de la estipulacion, y el *mutuo disentiemento*, que es propio de los contratos consensuales.

VII<sup>o</sup> Llámase *acceptilacion* de la frase *acceptum ferre*, que quiere decir tanto como remitir la deuda, del mismo modo que si la hubiésemos recibido. Entre los romanos, despues que admitieron el principio de que una cosa debia disolverse del mismo modo con que se habia unido, parecia absurdo suprimir un contrato por un pacto simple, y por eso querian que lo que se habia prometido por estipulacion ó palabras solemnes, se remitiese por otras palabras solemnes. Pues á esta solemnidad de palabras es á lo que llaman *acceptilacion*. Estas palabras solemnes consistian en la siguiente pregunta y respuesta correspondiente. El deudor preguntaba: *¿el dinero que yo te he prometido, lo has recibido ya?* Si el otro respondia: *lo tengo recibido*, parecia suprimida *ipso jure* la obligacion, §. 4. *Inst. h. t.* Debe ahora añadirse 1<sup>o</sup> que la *acceptilacion* es un acto legítimo, *L. 77. ff. De R. J.*; y por esta razon no puede hacerse por medio de procurador, ni bajo condicion, ni hasta cierto dia, §. 70. 2<sup>o</sup> Que la *acceptilacion* solo puede hacerse por quien tiene facultad de administrar y enajenar sus cosas, y por consiguiente no podrá hacerla el pupilo sin la autoridad del tutor, *L. 2. ff. L. 4. C. De acceptil.* El fundamento de esto se hallará en el §. 251. 3<sup>o</sup> Que la *acceptilacion* solamente pertenece á las estipulaciones y obligaciones de palabras, no á los contratos reales, literales, ni consensuales, §. 4. *Inst. h. t.* Mas como esto era molesto, Cayo Aquilio Galo, célebre jurisconsulto del tiempo de Ciceron, discurrió la *acceptilacion*, que del nombre del in-

ventor se llama *aquiliana*, por la cual se podian suprimir todas las obligaciones, aún las nacidas de otros contratos. La fórmula embarazosa é intrincada que se debia observar, está inserta por Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.*; pero nosotros la describiremos con mas claridad. Dijimos que en la *acceptilacion* vulgar se hacia una sola pregunta: en la *aquiliana* se hacian dos. Por la primera se verificaba una novacion: por ejemplo, el acreedor decia: *lo que tú me debias por mutuo, ¿me lo prometes ahora de nuevo?* Si entónces respondia el deudor: *te lo prometo*, al momento quedaba hecha la novacion, en consecuencia de la cual ya despues no se debia por mutuo, sino por estipulacion. En seguida con otra pregunta se quitaba tambien esta última obligacion, cuando el deudor preguntaba: *lo que yo te he prometido, ¿lo tienes ya recibido?* En respondiéndose: *lo tengo recibido*, toda la primera obligacion, procedida del mutuo, se entendia suprimida por la *acceptilacion* *aquiliana*, sin embargo de que por otra parte la *acceptilacion* no pertenecia al mutuo. Cualquiera puede conocer, que ahora no hai necesidad de estos rodeos, por cuanto entre nosotros todos los pactos producen el mismo efecto que las estipulaciones. Por consiguiente, si por medio de un pacto simple perdonamos á alguno una deuda, el efecto de esta remision no será menor que el de la *acceptilacion*. No obstante conviene que el jurista sepa esto, porque de otro modo no penetraria la analogia del Derecho, ni entenderia otras varias cosas en nuestro mismo Derecho civil. Los roma-

nos no podían carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra oracion inaugural *De veteri jurisprudentiá formulariá*. Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX — MXXXI. VIII.º Falta el otro modo de disolver la obligacion, peculiar de los contratos consensuales, á saber el *mutuo disentimiento*, que no es otra cosa sino un convenio contrario á otro convenio consensual anterior, aún no cumplido, §. *últ. Inst. h. t.* Por ejemplo, ántes habiamos consentido en comprar el uno y vender el otro tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en que ni yo la compraré ni el otro la venderá: aquí tenemos el mutuo disentimiento. Nada hai en esto oscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aún íntegra la cosa, esto es, no cumplido aún el contrato. Si está ya cumplido, podemos mudar la voluntad; pero entónces mas bien se verifica un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo, si ya se me entregó á mí la casa, y pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra y venta, y habrá que pagar dos veces la alcabala, cuando si nos apartásemos por mutuo disentimiento, estando aún la cosa íntegra, nada tendríamos que pagar.

## LIBRO CUARTO.

### TÍTULO PRIMERO.

#### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DELITO.

§. MXXXII — MXXXVIII. Aún no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual dijimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la lei, ó mediatemente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *licito* ó *ilicito*. El *licito* se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aquí de los *contratos*. El *ilicito* se llama *delito* ó *maleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aunque en la Instituta promete la rúbrica el tratado *De la obligacion que nace del delito*, y en todo el título se hable solo de una de las especies de delito, á saber, del hurto; sin embargo nosotros supliremos este defecto, y ántes de llegar á la doctrina del hurto, diremos brevemente, 1º qué cosa sea delito, §. 1033.; 2º de cuántas maneras, §. 1034-1036.; y 3º qué acciones nacen de los delitos, §. 1037 y sig.

nos no podían carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra oracion inaugural *De veteri jurisprudentiá formulariá*. Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX — MXXXI. VIII.º Falta el otro modo de disolver la obligacion, peculiar de los contratos consensuales, á saber el *mutuo disentimiento*, que no es otra cosa sino un convenio contrario á otro convenio consensual anterior, aún no cumplido, §. *últ. Inst. h. t.* Por ejemplo, ántes habiamos consentido en comprar el uno y vender el otro tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en que ni yo la compraré ni el otro la venderá: aquí tenemos el mutuo disentimiento. Nada hai en esto oscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aún íntegra la cosa, esto es, no cumplido aún el contrato. Si está ya cumplido, podemos mudar la voluntad; pero entónces mas bien se verifica un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo, si ya se me entregó á mí la casa, y pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra y venta, y habrá que pagar dos veces la alcabala, cuando si nos apartásemos por mutuo disentimiento, estando aún la cosa íntegra, nada tendríamos que pagar.

## LIBRO CUARTO.

### TÍTULO PRIMERO.

#### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DELITO.

§. MXXXII — MXXXVIII. Aún no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual dijimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la lei, ó mediatemente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *licito* ó *ilicito*. El lícito se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aquí de los *contratos*. El ilícito se llama *delito* ó *máleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aunque en la Instituta promete la rúbrica el tratado *De la obligacion que nace del delito*, y en todo el título se hable solo de una de las especies de delito, á saber, del hurto; sin embargo nosotros supliremos este defecto, y ántes de llegar á la doctrina del hurto, diremos brevemente, 1º qué cosa sea delito, §. 1033.; 2º de cuántas maneras, §. 1034-1036.; y 3º qué acciones nacen de los delitos, §. 1037 y sig.

1.º Delito es un hecho ilícito cometido espontáneamente, por el cual uno queda obligado á la restitucion, si puede verificarse, y á la pena (1). Nada sobra

(1) No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la lei divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, porque aún las acciones esternas, para que lo sean, han de perturbar la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado grave; pero no es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara; los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian para usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares; que es lo que principalmente fueron á buscar en la sociedad. Siguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones, que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado: el hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, es decir, las de la criatura con su criador. Pero como la gravedad y medida de este depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse; y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la natu-

en esta definicion. Llámase el delito un hecho, porque nadie es castigado por sus pensamientos, segun la L. 48. ff. De pen. Llámase hecho ilícito, porque no habiendo ninguna lei prohibitiva, ni natural ni civil, no se delinque. Por ejemplo si no está prohibida la caza, no comete delito el que coge una fiera; pero luego que la Autoridad legitima lo prohíbe, el que caza contraviendo á esta lei, delinque. Se añade en la definicion, cometido espontáneamente, pues lo que hacemos por fuerza y con repugnancia, no puede imputársenos. Por

raleza, en vez de conservar la sociedad, que es su principal y verdadero fin, conseguirian destruirla. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, cap. 11. §. 1.

Aunque el ebrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena segun las circunstancias; el segundo debe ser castigado, como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Piteo se dice, que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena.

La diferencia de los delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra el que principalmente se dirige el daño, sino tambien de que en los primeros puede el juez proceder de oficio ó por denuncia ó acusacion, la que puede intentar cualquiera del pueblo, á no estarle espresamente pro-

esto no delinque el que arrojado por otro desde lo alto, hiere á uno que pasa. Finalmente se añade, *por el cual uno queda obligado á la restitucion, etc.* El fundamento de esta obligacion lo explica mui bien Grocio *De J. B. et P. lib. II. c. 17. §. 22.* Todo el que comete un delito, causa daño á otro y peca contra las leyes. El que causa daño, está obligado á la restitucion: el que obra contra las leyes, queda obligado al castigo. Por todo delito pues se puede pedir la restitucion del daño y la pena; y no sin razon decimos que está obligado á

hábido. En este sentido, segun la *L. 28 y sig. tit. 1. Part. 7.*, todos los delitos son públicos, á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino á pedimento del marido, *L. 3. tit. 7. lib. 4. Fuero real*; y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado.

Hai delitos *eclesiásticos*, otros *seculares*, y otros *mistos*. Los primeros són aquellos cuyo conocimiento pertenece á los juezes eclesiásticos, como son los delitos comunes de los clérigos, la simonia; los segundos aquellos cuyo conocimiento pertenece á los tribunales civiles; y mistos los que pertenecen á unos y otros. Los clérigos gozan la inmunidad por concesiones de los principes, quienes en virtud del poder de que están investidos, pueden imponer penas, y se hallan en las leyes de la *Partida* contra los clérigos falsificadores de moneda, sellos etc. De los delitos comunes conocen los tribunales eclesiásticos; no así de los privilegiados, por atrozes, como son los de lesa majestad, parricidio, homicidio, incendio y otros, sobre los que las dos potestades instruyen su expediente, y lo remiten al Consejo para fallarlo, *real orden de 19 de noviembre de 1797, y circular de 15 de setiembre de 1815.* Es de advertir que nunca se aplica la sentencia sin preceder la degradacion, por respeto á su dignidad.

la restitucion, *si puede verificarse*, y á la pena. Efectivamente, á vezes no es posible deshacer lo hecho, ni puede estimarse el daño. Por ejemplo, si se mata un hombre, ni puede volvérselo á la vida, ni esta puede estimarse en un precio determinado; y por tanto, en estos casos cesa la restitucion, y basta la pena.

II.º Á la definicion del delito siguen las divisiones, que son varias, porque 1.º el delito es *ó verdadero ó cuasi delito*. Aquel se comete por dolo, y este por culpa, v. gr. si un juez á sabiendas pronuncia con dolo malo una sentencia injusta, delinque verdaderamente; pero si lo hace solo por falta de saber, casi delinque. Se objeta sin embargo el daño causado injustamente (*injuriá datum*), el cual se llama verdadero delito, y no obstante se comete, así por culpa como por dolo. Pero se responde que entónces se saca la denominacion de lo más notable, aunque la accion de la lei aquilia, segun los diversos respectos, puede derivarse, ya de un verdadero, ya de un cuasi delito: observó esto Tomasio en sus *Schol. et Nov. addit. ad B. Huberi Praelect. Inst. lib. IV. tit. 3. §. 3.* Ademas el verdadero delito *ó es público ó privado*: se dice público el que daña á la seguridad de la república, y por esta razon se le aplica un castigo público; por ejemplo, el crimen de lesa majestad, de homicidio, etc. Por el contrario, privado se llama el que perjudica al patrimonio particular, esto es, á lo que se llama *tuyo y mio*; por cuya razon hai contra él una accion ó persecucion particular. De aquellos no se trata hasta el último título. De la clase de es-

tos habia cuatro entre los romanos: hurto, rapiña, daño causado injustamente, é injuria, de los cuales hablaremos en otros tantos títulos. Finalmente el delito público, ó es *ordinario* ó *extraordinario*. Ordinario es aquel, sobre el cual existe una lei particular, que señala para él una pena determinada y ordinaria. Tales son las leyes julias de majestad, de adulterios, de la fuerza pública y privada, de peculado, de intriga en las pretensiones; las leyes cornelias de los asesinos y envenenamientos, y de las falsedades; la lei pompeya de parricidios; la lei fabia de plagiarios, etc. Todos estos son delitos públicos ordinarios, que tambien se llaman *crímenes*. Llámanse en contraposicion *extraordinarios* aquellos, acerca de los que no existe ninguna lei singular, no obstante que merecen una pena extraordinaria. Así, por ejemplo, no habia ninguna lei sobre los que rompian los diques del Nilo, y sin embargo, como este atentado era de muy mal ejemplo, el que lo cometia, era quemado vivo. Luego este era un crimen extraordinario.

III° El efecto de los delitos es que de ellos nazcan dos acciones. Estando el delincuente obligado á la restitucion y al castigo, §. 1032, las acciones por las cuales pedimos que se nos resarzan los daños, se llaman *persecutorias de la cosa*, y aquellas por las que exigimos la pena, se llaman *penales*, v. gr. por la *condicion furtiva* nada pido mas que la restitucion de la cosa robada, ó su estimacion: luego es persecutoria de la cosa. Mas por la *accion de hurto* pido el duplo ó el cuá-

druplo, y esto comprende solo la pena; por consiguiente esta accion es penal. Entre estos géneros de acciones hai muchas diferencias, porque 1° las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo ménos respecto de lo que ha llegado á ellos, *L. ún. C. Ex del. def. her. quemad. conv.*; las penales no competen contra ellos, á no ser que el pleito esté contestado con el difunto, §. 1019. 2° Las persecutorias de la cosa no infaman, y sí las penales. 3° Por las persecutorias de la cosa, aunque sean muchos los delinquentes, están obligados en el todo; pero en pagando uno, quedan libres los demas: por las penales tan obligados *en el todo* están los cómplices, que aunque uno pague, los demas no quedan libres. De esto se puede inferir que las acciones penales y persecutorias de la cosa no se destruyen mutuamente, y que por consiguiente pueden entablarse á un mismo tiempo, *L. 34. §. 2. ff. De O. et A.* La razon de esto se hallará en el §. 1033. Solamente añadido, que no de todos los delitos nacen acciones persecutorias de la cosa y penales, porque en los mas de ellos con una misma y única accion se solicita la cosa y el castigo.

§. MXXXIX — MXLVI. Dados ya estos preliminares, pasamos á hablar del primer delito privado, que es el hurto, y trataremos, 1° de su naturaleza, §. 1039-1046; 2° de sus varias especies, §. 1047-1060; y 3° de las acciones que nacen de este delito, §. 1067-1070.

1° La naturaleza del hurto la inferimos de la antigua definicion que nos presenta el §. 1. *Inst. h. t.* El hur-

to es el acto de tomar fraudulentamente, con el ánimo de sacar utilidad, una cosa, ó tambien el uso ó posesion de ella, lo cual está prohibido por la lei natural. La misma definicion tenemos en la *L. 1. §. 3. ff. De furt.* Decimos 1º que el hurto es el acto de tomar; y ¿por qué no decimos mas bien que es la sustraccion? Respondo, porque no solo es ladron el que quitó ó sustrajo, sino tambien el que tomó la cosa con ánimo de robarla, aún cuando no la haya quitado. Por ejemplo, si cojo en mi casa á un ladron en el mismo acto de robar, aunque todavía no haya quitado nada, es reo de hurto manifesto. De esto inferimos, (a) que el que habiendo entrado en una casa, no cogió todavía nada, no es propiamente ladron, sino lo que llamaban los romanos *contrectario*, el cual era castigado estraordinariamente, *L. 7. ff. De extr. crim.* (b) Que la intencion sola no hace ladron, á no ser que se haya agregado el hecho de tomar la cosa, *L. 1. §. 4. ff. De furt. L. 48. ff. De pœn.* (c) En tanto hai lugar á la accion de hurto, en quanto se ha verificado el hecho de tomar la cosa, *L. 21. pr. ff. De furt.* Cuya tésis oponemos á ciertos jurisconsultos antiguos, que engañados por el principio estoico de que *todos los delitos son iguales*, creían absurdamente que quitar un solo grano de un monton de trigo, era lo mismo que robar todo el monton; principio que es criticado con agudeza por Horacio, *Serm. l. 1. sat. 3. v. 115. sig.* Decimos, 2º que el hurto es el acto de tomar *fraudulentamente*, no solo porque se requiere el dolo para todo el delito, §.

1034, sino tambien para que se distinga de la rapina, que no es sustraccion fraudulenta, sino violenta. De aquí inferimos (d) que no pueden cometer hurto los furiosos, dementes, infantes ni los próximos á la infancia, §. 48. *Inst. h. t.*, porque no son capaces de dolo. (e) Que sin embargo pueden cometerlo los próximos á la pubertad, en quienes frecuentemente la malicia suple la edad, *L. 23. ff. De furt.* (f) Que una necesidad estrema escusa del hurto. Así opinan Grocio, Puffendorf y otros doctores. Pero Valent. Alberti, en el *Comp. jur. nat. orthod. confirm.*, lo niega, porque la necesidad no escusa del pecado, y habiendo de elegirse el mal menor, cuando uno es moral y otro físico, el físico es el que siempre debe tenerse por menor. Así es que opina que ántes se debe morir de hambre que coger ni un bocado de pan contra la voluntad de su dueño. ¡Austeria filosofía por cierto, de la cual no sabemos si daria ejemplo el mismo Alberti en el caso de verse acosado de una estrema necesidad! Pero esta es una mera petición de principio. Niega que la necesidad escusa de pecado, y afirma que el mal moral no se debe posponer al mal físico; pero ante todo conviene averiguar si es pecado el mal moral, porque á la verdad falta el dolo. Un hombre que está sumergido en la miseria, no tiene ánimo de lograr una ganancia criminal, sino tansolo de conservar la vida; y á propósito de esto manifiesta claramente Grocio, que en el caso de una estrema necesidad revive la comunion primitiva de las cosas. Decimos 3º que el hurto es el acto de tomar una *cosa aje-*

na; porque si no se hubiese introducido el dominio de las cosas, no podria concebirse el hurto. De aqui se infiere (g) que nadie puede cometer hurto en una cosa propia. Pudiera objetarse que no hai duda en que es ladrón el que sustrajo á su acreedor la prenda, sin embargo de ser dueño de ella. A esto se dice que ese deudor es ladrón, no de la cosa, sino de la posesion, y nosotros aqui hablamos del hurto de cosa. (h) Que mucho ménos se comete hurto de una cosa que no tiene dueño (*nullius*), porque estas son del primero que las ocupa, §. 343. 4. De lo cual se deduce por qué no se comete hurto de una herencia abandonada; y es porque en tanto que no la aceptan, no tiene dueño, L. 68. ff. *De furt.* Mas no obstante, como esto seria de mui mal ejemplo, nació de aqui el nuevo y extraordinario crimen (*expilatae hereditatis*) de herencia robada. De lo mismo inferimos, (i) que entre cónyuges durante el matrimonio no se comete hurto. Porque las cosas de un cónyuge respecto del otro no se tienen por ajenas, por causa de la comunión que tienen del uso de las cosas. No obstante, si un cónyuge, estando inmediato el divorcio, sustrajere algo al otro cónyuge, en lugar de la acción de hurto, se da la acción de cosas quitadas (*rerum amotarum*); la cual es solo persecutoria de la cosa, y no produce ignominia. Por último, (k) se deduce que no hai hurto entre padre é hijo, á saber, en cuanto al efecto civil (porque moralmente el hijo que roba á su padre, no deja de ser ladrón) de suerte que nazca la pena de hurto y la acción derivada de él, §. 42.

*Inst. h. t.* Efectivamente el hijo en vida de su padre es tenido en cierto modo por dueño de las cosas paternas, §. 387. Luego si sustrajo algo, no se puede decir que sea el acto de tomar una cosa ajena. Decimos en fin, con el ánimo de sacar utilidad, porque cuando alguno por un exceso de pasión me roba la esclava, será reconvenido por la lei aquilia, si la tomó por hacerme daño, y por la acción de las injurias, si fué para causarme afrenta; mas no por la acción de hurto, L. 39. pr. ff. *De furt.* L. 53. ff. *cod.* L. 5. §. ult. ff. *Ad L. aquill.*

§. MXLVII — MLX. IIº Esto en cuanto á la naturaleza del hurto; ahora siguen sus varias divisiones (1).

(1) De cuantas divisiones del hurto trae Heineccio, ninguna hai tan interesante como la de simple y calificado. *Simple* es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia; *calificado*, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agravan, como si se sube por escalas, se quebrantan puertas, ó se entra con armas. El simple se subdivide en grande y pequeño; es decir, que en este delito se tiene consideración á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se debe imponer, lei 18. tit. 14. Part. 7.

En el hurto, á mas de dar el Derecho acción para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimación de aquel que la hurtó, concédese la acción penal de hurto para repetir el duplo ó el cuádruplo. El dueño de la cosa puede demandarla, contra el que la robó ó sus herederos, por la acción persecutoria de la cosa; pero el cuádruplo ó duplo solo podria pedirlo (si estu-

4º El hurto ó es de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*. El hurto de cosa se comete por aquel que robó una cosa mueble (porque si se causa estorsion en una inmueble, esto será fuerza, no hurto); y por mueble se entienden tambien los hijos y esclavos, como que son cosas, no personas, §. 77. 83. \* Si no obstante alguno arrebató á un hombre libre, se dice que ha cometido un *plagio*, del cual trataremos abajo en el §. 4368. El hurto de uso es cuando uno, aunque no quite la cosa ajena, usa de ella contra la voluntad de su dueño de otra manera que debía. Por ejemplo, si alguno usa de una cosa que tiene en depósito, debiendo custodiarla, ó usa de un caballo prestado hasta Groninga, habiéndosele concedi-

viera en uso) contra el ladrón, y no contra los herederos, á no ser que viviendo el ladrón, se hubiese contestado la demanda, *lei 20 tit. 14. Part. 7.* Además de esto debe el ladrón, si el hurto es manifiesto, pagar el cuádruplo, y en el oculto el duplo: cuya pena se entiende contra los que dan ayuda ó consejo, *lei 4 del mismo tit.* y Antonio Gómez, *Variar. resol. cap. 5. núm. 4.*; pero estas penas pecuniarias muchos años hace que no están en uso, y solo quedaron las corporales siguientes, que tambien se hallan en parte suprimidas: para el primer hurto simple, pena de vergüenza, seis años de galeras (castigo que no se conoce desde que no tenemos galeras) ó de algun presidio, *L. 18. tit. 14. Part. 7.* Por el segundo cien azotes (esta pena fué abolida por el decreto de las Cortes de 8 de setiembre de 1813, restablecido posteriormente) y diez años de presidio, *real pragmática de 19 de marzo de 1771.*, aunque posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, teniéndose presente la repeticion ó reincidencia, la calidad de la persona á quien se hurto y la del delincuente,

do solo hasta Leovardia, *L. 40. pr. ff. De furt. L. 54. L. 76. ff. eod.* Valerio Máximo, *lib. 8. cap. 2.* y Gellio, *lib. 7. cap. 45.*, refieren haber sido condenado en Roma como ladrón uno que habiendo recibido prestado de un amigo un caballo hasta Aricia, lo llevó fuera de la ciudad á un monte cercano: tal era la rigidez de la disciplina de los antiguos romanos. Finalmente hai hurto de *posesion*, cuando uno quita una cosa propia que otro posee justamente, v. gr. si el deudor roba una prenda al acreedor, §. 40. *Inst. h. t. 2º* Además el hurto, segun la lei de las XII Tablas, se divide en manifiesto, no manifiesto, interceptado, trasferido, prohibido, y no exhibido. Era *manifiesto*, cuando se cogia al ladrón en el mismo acto de robar, ó ántes que tras-

*real orden de 18 de abril de 1746.* Por el tercer hurto se impone la pena de horca (la cual conmutó en pena de garrote el *real decreto de 24 de abril de 1832*), como á ladrón famoso, *lei 18. tit. 15. Partida 7.*, siempre que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo. Al hurto calificado se le impone la pena de muerte en los siguientes casos: cuando el ladrón es conocido por robar públicamente en los caminos; cuando es un corsario que roba en el mar con naves armadas; si entra en las casas ó lugares por fuerza y con armas; si roba en iglesia y cosa religiosa; al que roba el tesoro del rei; á los cuatrerros; y por el primer robo en la corte y su rastro está impuesta la pena de horca, segun una lei promulgada por Felipe V, aunque sea el hurto de una cantidad muy tenue. Esta lei fué dada en unas circunstancias terribles y extraordinarias: hoy dia se economiza mucho la pena de muerte, y están prohibidos los tormentos y la confiscacion de bienes.

ladase las cosas al sitio á donde se dirigia. Este hurto está descrito por Virgilio en la *Ecl. III. v. 45* :

*Nonne ego te vidi Damonis, pessime, caprum  
Excipere insidiis, multum latrante Lyciscæ?  
Et quum clamarem, quorsum se proripit iste?*

Este hurto por el peligro que amenazaba al dueño, era castigado mas gravemente, á saber, con el cuádruplo, porque en efecto los ladrones, que son sorprendidos y reducidos á la desesperacion, suelen defenderse con armas. *No manifesto* es, cuando el ladron no es cogido robando, ni en el camino. Esto se castigaba con el duplo, segun la misma lei de las XII Tablas, §. 3. *Instit. h. t. Interceptado (conceptum)* era el hurto buscado y hallado por medio del plato y la faja, §. 4. *Inst. h. t.* Hemos descrito este rito oscuro por su antigüedad en nuestras *Antiq. rom. h. t. §. 43. y sig.* Es de saber que los que buscaban una cosa hurtada, iban desnudos, no fuera que tal vez, para calumniar, introdujesen algo en la casa. No obstante, para mirar por el pudor, se cubrian la cintura con una faja que llamaban *licium*. Los ojos y la cara los cubrian con un plato agujereado que les servia de máscara. Presentándose de esta manera todos tenian que admitirlos, y abrirles todas las puertas y cofres. Si hallaban la cosa robada que buscaban, el inquilino era reo de hurto interceptado, y por eso segun la lei de las XII Tablas, estaba obligado al triplo, y despues al duplo, *Gell. Noct. att. lib. II. cap. 48.* Pero este modo de encontrar los hurtos pare-

ció poco decoroso, y aún en tiempo de la república libre cayó en desuso: tan léjos está de observarse en el dia. Así pues si hoy se necesita buscar la cosa robada en una casa sospechosa, esto no se hace por autoridad privada; sino por mandato del juez y por medio de alguaciles. El hurto *trasladado (oblatum)* es, cuando el ladron da á otro la cosa robada, ó la arroja en un fundo ajeno, para que sea hallada en poder de otro y no en el suyo, §. 4. *Inst. h. t.* El que hacia esto, era condenado en el triplo, lo cual era solo por via de castigo, *Gell. ib.*, y *Paul. Rec. sent. II. 31.* Hurto *prohibido* es, cuando uno no admite á los que quieren buscar la cosa robada y les prohíbe buscarla. No se sabe á punto fijo la pena que en este caso se imponia; sin embargo es probable que fuese el duplo. Hurto *no exhibido* es, cuando uno niega tener en su poder la cosa robada y no la exhibe, siendo así que despues se encuentra que la tiene, §. 4. *Inst. h. t.* La pena de este hurto era el duplo, segun probamos claramente en el §. 4058. \*, por el notable pasaje de Plauto, *Pæn. act. III. se. I. v. 54. y sig.*; sobre cuyo punto es increíble cuánto han disputado los criticos. Pero de todas estas especies de hurto no se hacia ya por Derecho antiguo ningun uso, segun confiesa el mismo Justiniano, §. 4. *Inst. h. t.*; y en el dia suelen los magistrados en todos estos casos imponer una pena extraordinaria con proporecion al delito y á la diversidad de las circunstancias. Finalmente el hurto ó es *diurno* ó *nocturno*: aquel se hace de dia; este de noche. Los ladrones nocturnos se llamaban

*dormitadores*, porque de día solian dormir y de noche robar. El hurto nocturno tiene de singular el ser lícito matar al ladrón de esta especie, con tal que el matador grite y pida socorro á los vecinos; lo cual antiguamente se acostumbraba hacer con esta fórmula: *Quirites, vestram fidem, ó Porro quirites*; y de aqui viene el vocablo *quiritari* (implorar el auxilio de los ciudadanos). Esto es lo que habian establecido las XII Tablas y el Derecho justiniano, *L. 54. §. 2. ff. De furt. L. 9. ff. ad L. corn. De sicar.*; y así se ve dispuesto por una lei de Solon, y por el Derecho divino, *Exod. cap. 22. v. 3*; siendo de admirar la concordia de todos los legisladores sobre este punto. Y del hurto diurno qué hai dispuesto? será lícito matar al que es cogido en casa? De ningun modo, porque de día es mucho mas fácil que de noche encontrar quien dé auxilio. Solo se exceptúa el caso en que el ladrón se defendiere con armas, porque entónces de cualquiera modo puede uno tratar de salvar su vida, segun dichas leyes.

§. MLXI—MLXV. IIIº Ahora siguen las persecuciones que nuestro Derecho concede contra los ladrones. Segun él podemos obrar *civil ó criminalmente*. Si obramos civilmente, pedimos que se nos pague la pena pecuniaria; pero en el segundo caso solicitamos que se proceda criminalmente contra el ladrón, v. gr. azotándole ó cortándole las manos etc. Además obramos civilmente, ó por la acción persecutoria de la cosa, para que se nos resarza el daño, ó por la acción penal, para recoger la pena pecuniaria ó multa. La acción persecu-

toria de la cosa que nace de este delito, es la *acción furtiva*; la cual tiene algo de singular. Efectivamente por lo regular, segun nuestro Derecho, se observa la regla de que *nadie interpone acción para su cosa*, es decir, que nadie pide su cosa con acción personal, sino que la *vindica*, esto es, la solicita por acción real, §. 44. *Inst. h. t.*; pero en este caso se ha permitido contravenir á esta regla por odio á los ladrones, para que estos esten obligados por mas acciones. Por esta razón puedo *vindicar* una cosa del ladrón, ó *perdirla por la acción furtiva*; vindicarla de cualquier poseedor, ó entablar la acción contra el ladrón ó sus herederos. Por lo cual se concede la acción furtiva al dueño, no á otro (en lo que ditiere de la acción de hurto) contra el ladrón ó sus herederos, para obtener la restitucion de la cosa hurtada ó su estimacion. Esta acción no infama, porque es persecutoria de la cosa, *L. 36. ff. De O. et A.* Llámase acción penal la *acción de hurto*, diferente de la anterior por muchos respectos. 1º Aquella se daba solo al dueño; esta se daba tambien á uno que tuviese interes en ello. Por ejemplo, si á mí se me prestó un libro y me lo quita un ladrón, tengo la acción de hurto, porque en ello me va á mí interes, puesto que debo pagar al dueño mi culpa, §. 44. *Inst. h. t.* 2º Aquella compete tambien contra los herederos, porque perseguimos ó tratamos de recobrar la cosa; esta no se da contra ellos, §. 4038. 2. 3º Aquella se da simplemente, para que la cosa se restituya; esta se da para la pena del duplo ó del cuádruplo, segun que el hurto

es manifiesto ó no manifiesto. 4º Aquella no infama; esta es ignominiosa. Cuyas diferencias deben tenerse presentes, y ademas se notará que una de estas acciones no quita la otra: porque si ya he conseguido la pena, aún tengo la acción, para recuperar la cosa hurtada; y si recibí la cosa, todavía puedo solicitar la pena. Por el contrario, la acción furtiva y la vindicación de la cosa, y asimismo la acción de hurto y la persecución criminal, no pueden acumularse, porque tienden á un mismo objeto. Así se obraba civilmente. Fuera del orden regular también se obraba *criminalmente*, para que se pagase al fisco la multa, se impusiese la pena de azotes, se cortasen las manos, ó se aplicase otra pena corporal aflictiva, *L. 16. ff. Ad leg. jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió que los ladrones fuesen mutilados ó que se les matase, y quiso que fuesen desterrados. Estraña severidad: ¿Qué cosa mas apetecible para los ladrones que el destierro? Todo lo llevan consigo y lo mismo pueden robar en el destierro que en su patria. Luego esta pena no alligará mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice le imponían no sé que pueblos, de arrojarle al agua para que se ahogase.

§. MLXVI—MLXX. [Segun la *L. 11. tit. 14. Part. 7.* se concede al dueño de la cosa dada en comodato, y que fué hurtada, la reclamación de ella contra el ladrón, de cuyo derecho puede usar también el comodatario, pero no entrambos.]

## TÍTULO II.

## DE LOS BIENES ROBADOS CON VIOLENCIA.

§. MLXXI—MLXXV. Hasta aquí hemos hablado del primer delito privado, que es el hurto. Sigue la *rapiña*, ó como la llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum*. Sobre él diremos, 1º en qué consiste su naturaleza, §. 1074-1075; y 2º cuál es la pena del robador, segun el Derecho romano, §. 1076-1078.

1º La naturaleza de este delito se infiere de su definición. La *rapiña* es la *sustracción violenta de una cosa mueble ajena, hecha con dolo malo para sacar utilidad*. Decimos, 1º que la *rapiña* es la *sustracción violenta*, porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente, siendo así que la *rapiña* consiste en la violencia. (b) También se diferencia en esto de la *concusión*, porque si alguno obliga á otro con fuerza y amenazas á que le dé, es reo de *concusión*; pero si él mismo lo arrebató, se tiene por robador. Decimos, 2º que la *rapiña* es la *sustracción de una cosa mueble*; en lo cual conviene con el hurto. De aquí inferimos, (c) no ser reo de *rapiña* el que echa á otro de la posesión de una cosa inmueble; el cual debe ser reconvenido por la acción de por la fuerza pública y privada (*De vi publicá et privatá*), ó por el interdicto, donde por la fuerza (*Unde vi*), *L. 2. §.*

4. ff. h. t. Añadimos, 3º de una cosa mueble ajena; y esto es comun al hurto y á la rapiña. Pero se pregunta, si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, ¿se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por quanto la definicion de la rapiña no cuadra á este caso, L. 2. §. 48. ff. Vi bon. rap. Sin embargo no quedará impune el que se hace justicia por su propia mano, sin aguardar el auxilio del juez. En efecto son de notar dos leyes, L. Extat. 43. ff. Quod met. caus., y L. Si quis in tantam 7. C. Unde vi; en las cuales se manda que si uno quita por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa; y si sacare por fuerza como suya una cosa ajena, no solo la ha de restituir, sino que ademas está obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la L. Extat, y la L. Si quis in tantam, hai la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raizes. Finalmente, 4º añadimos que la rapiña se hace con dolo malo y para sacar utilidad. Luego cesando el dolo, v. gr. si el que tomó la cosa, estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aquí no se pregunta cuánta fué la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla: así es que hai ejemplos de hombres, que por haber robado en un camino público á una mujer algunas monedas, fueron condenados á muerte, L. 2. §. 48. ff. h. t.

§. MLXXVI—MLXXVIII. IIº Vamos á hablar de la pena que impone el Derecho romano. Procedian los ro-

manos contra los que robaban, ó civilmente, ó fuera del orden comun y regular criminalmente, para imponer la pena capital ú otra corporal afflictiva. Los que obraban civilmente, tenian dos acciones, la de hurto manifesto, ó la accion de rapiña (Vi bonorum raptorum), porque Justiniano no dudó que la accion de hurto debia convenir tambien en este caso, por quanto el robador no dejaba de ser un detestable ladrón, pr. Inst. h. t. Si uno intenta la accion de hurto manifesto, consigue el cuádruplo de lo que se ha robado. Si entabla la accion de rapiña, consigue igualmente el cuádruplo, d. pr. Inst. h. t. ¿Qué diferencia pues hai entre estas acciones? Y ¿por qué las leyes concedian dos acciones, de las cuales ninguna es mas pingüe que la otra? Se responde que média una gran diferencia, y que la accion de hurto manifesto, es mucho mas pingüe que la otra de rapiña. Porque 1º la accion de hurto manifesto es meramente penal; este cuádruplo contiene solo la pena, y despues de haberla conseguido, puedo todavía pedir por la accion furtiva la cosa robada ó su estimacion, pero la accion de rapiña (Vi bonorum raptorum) no es meramente penal, sino que la pena es del triplo; lo que escede de esto, contiene la estimacion de la cosa, y por tanto, ademas del cuádruplo, no puedo repetir la cosa robada. 2º La accion de hurto manifesto es perpetua, y euando quiera que se instituye, se da para el cuádruplo; por el contrario, la accion de rapiña, por ser pretoria, se da solo dentro de un año para el cuádruplo, y pasado este solamente pa-

ra el simple valor. Así se obraba civilmente contra el robador. Con la *severidad criminal* eran perseguidos los *salteadores y bandidos*. Se entiende por salteadores á los que infestan los caminos públicos, y despojan á los caminantes, aunque no los matan; por el contrario se llaman bandidos los que matan y roban ensangrentando los despojos. Aquellos igualmente que estos eran condenados á muerte, y ademas los bandidos eran colgados de una horca, *L. 28. §. 40, 43. ff. De pœnis.*

§. MLXXIX. [El Derecho español adoptó, con respecto á este delito, las penas señaladas por los pretores, y con respecto á la accion para pedir la cosa robada, la concede á aquel en cuyo poder se hallaba, cuando fué robada, sin hacer diferencia entre el robo y el hurto.]

### TÍTULO III.

#### DE LA LEI AQUILIA.

§. MLXXX—MLXXXIV. El tercer delito privado sobre el cual se promulgó la lei Aquilia, es el *daño causado injustamente*, por el cual se entiende toda disminucion del patrimonio causada sin ningun derecho por un hombre libre. Acerca de este delito veremos, 1º la naturaleza del daño causado injustamente, §. 4080-4084, 2º los capítulos de la lei aquilia, y las acciones que de

ella nacen, §. 4085-4091; y 3º los atributos de estas acciones, §. 4092-4094.

1º El mejor modo de entender la naturaleza del daño causado injustamente, será esplicar la definicion. Decimos en ella, que este daño es *cualquiera disminucion del patrimonio*. De aquí se infiere, que un daño inestimable propia y directamente no se vindica por esta lei; porque v. gr. si un hombre es muerto ó herido, cesa enteramente la accion de la lei aquilia; y en el primer caso se procede criminalmente por la lei cornelia de asesinos, y en el segundo caso compete la accion útil de la lei aquilia; acerca de la cual se hablará en el §. 4092. Decimos ademas *injustamente*; lo que quiere decir, injuria causada sin derecho. De donde se infiere, 1º que es lo mismo que el daño se cause por dolo malo, que por culpa lata, leve ó levisima, §. 3. *Inst. h. t.*; pues aunque ordinariamente pertenezca á la naturaleza del delito ser perpetrado con dolo malo, §. 4034, tiene sin embargo de singular la lei aquilia, que vindica toda clase de culpa, aunque sea la levisima. Por lo cual ya arriba en el mismo párrafo observámos, que propiamente el daño causado injustamente es verdadero y euasi delito, y con todo se cuenta entre los verdaderos, por cuanto la denominacion se toma de lo principal. De esto se ven en el Derecho romano notables ejemplos, v. gr. en la *L. 11. ff. Ad L. aquil.* se refiere que un barbero se puso á afeitar en un camino público á un esclavo, y como en el mismo sitio estuviesen jugando á la pelota unos muchachos, resaltó la

ra el simple valor. Así se obraba civilmente contra el robador. Con la *severidad criminal* eran perseguidos los *salteadores y bandidos*. Se entiende por salteadores á los que infestan los caminos públicos, y despojan á los caminantes, aunque no los matan; por el contrario se llaman bandidos los que matan y roban ensangrentando los despojos. Aquellos igualmente que estos eran condenados á muerte, y ademas los bandidos eran colgados de una horca, *L. 28. §. 40, 43. ff. De pœnis.*

§. MLXXIX. [El Derecho español adoptó, con respecto á este delito, las penas señaladas por los pretores, y con respecto á la accion para pedir la cosa robada, la concede á aquel en cuyo poder se hallaba, cuando fué robada, sin hacer diferencia entre el robo y el hurto.]

### TÍTULO III.

#### DE LA LEI AQUILIA.

§. MLXXX—MLXXXIV. El tercer delito privado sobre el cual se promulgó la lei Aquilia, es el *daño causado injustamente*, por el cual se entiende toda disminucion del patrimonio causada sin ningun derecho por un hombre libre. Acerca de este delito veremos, 1º la naturaleza del daño causado injustamente, §. 4080-4084, 2º los capítulos de la lei aquilia, y las acciones que de

ella nacen, §. 4085-4091; y 3º los atributos de estas acciones, §. 4092-4094.

1º El mejor modo de entender la naturaleza del daño causado injustamente, será esplicar la definicion. Decimos en ella, que este daño es *cualquiera disminucion del patrimonio*. De aquí se infiere, que un daño inestimable propia y directamente no se vindica por esta lei; porque v. gr. si un hombre es muerto ó herido, cesa enteramente la accion de la lei aquilia; y en el primer caso se procede criminalmente por la lei cornelia de asesinos, y en el segundo caso compete la accion útil de la lei aquilia; acerca de la cual se hablará en el §. 4092. Decimos ademas *injustamente*; lo que quiere decir, injuria causada sin derecho. De donde se infiere, 1º que es lo mismo que el daño se cause por dolo malo, que por culpa lata, leve ó levisima, §. 3. *Inst. h. t.*; pues aunque ordinariamente pertenezca á la naturaleza del delito ser perpetrado con dolo malo, §. 4034, tiene sin embargo de singular la lei aquilia, que vindica toda clase de culpa, aunque sea la levisima. Por lo cual ya arriba en el mismo párrafo observámos, que propiamente el daño causado injustamente es verdadero y euasi delito, y con todo se cuenta entre los verdaderos, por cuanto la denominacion se toma de lo principal. De esto se ven en el Derecho romano notables ejemplos, v. gr. en la *L. 11. ff. Ad L. aquil.* se refiere que un barbero se puso á afeitar en un camino público á un esclavo, y como en el mismo sitio estuviesen jugando á la pelota unos muchachos, resaltó la

pelota y tocó en la mano del barbero, cuando tenia la navaja hácia la garganta, y resultó quedar degollado el esclavo. Es verdad que la culpa del barbero era leve; pero por haber afeitado en un sitio en que los muchachos solian jugar á la pelota, estaba obligado. Al que pudiera pensar que no es probable que en Roma los barberos ejerciesen su oficio en un camino público, le sacará de la duda un epigrama de Marcial, *lib. VII. ep. 61*, por el cual se ve que Domiciano quitó esta costumbre. Las palabras del epigrama son estas:

*Nulla catenatis pila est præcineta lagenis,  
Nec prætor medio cogitur ire luto.  
Stringitur in densa nec cæca novacula turba,  
Occupat aut totas nigra popina vias.  
Tonsor, caupo, coquus, lanius sua limina servant:  
Nunc Roma est, nuper magna taberna fuit.*

Hasta la debilidad es imputada por la lei aquilia. Así es que si uno, v. gr. entra á servir en clase de cochero siendo tan débil que no puede refrenar los caballos fogosos, y estos atropellan á un esclavo, ó causan otro daño, esto se imputará al cochero, cuya culpa consiste en que sabiendo su debilidad, emprendió cosas superiores á sus fuerzas. Véase el §. 4. *sig. Inst. h. t.* Cualquiera pues que sea la culpa que intervenga tiene lugar la acción de la lei aquilia, porque basta que se haya causado un daño injustamente. 2º De aquí inferimos, que el que usa de su derecho, á nadie hace injuria, porque de esta manera el daño no se hace injustamente. Así es

que si, por ejemplo, hago un pozo en mi heredad, y sucede que se cortan las venas del pozo de un vecino, no hai lugar á la acción de la lei aquilia, por cuanto he usado de mi derecho. Y aquí pertenece lo que en la *L. 4. C. Unde vi*, se llama gobierno de la inculpada defensa (*moderamen inculpatæ tutelæ*), que es cuando uno mata al agresor; pues lo que uno hace en defensa de su vida, se considera que lo hace con derecho, *L. 3. ff. De just. et jure*. Pero no puede usar de esta defensa, á no ser 1º que otro sea el agresor; por lo cual en un desafío no hai lugar á ello: 2º que el peligro sea inminente, y que no pueda evitarse de otro modo, §. 2. *Inst. h. t.*: 3º que esta muerte se verifique incontinenti. Porque si evitado ya el peligro, mata uno al agresor, no quedará sin castigo. 4º De aquí colegimos, que si por casualidad causare yo daño á otro, cesa la acción, §. 3. *Inst. h. t.* Por ejemplo, si tirando al blanco con un dardo, hiriere á alguno, si disparando una escopeta diere á otro en la cabeza, cesa la acción, porque el caso fortuito nadie lo paga, ni en los contratos ni en los delitos. Pero se debe tener presente la limitación de que el hecho se verifique en cosa lícita, en lugar lícito y de un modo lícito. Así es que si uno al disparar una escopeta en un camino público, causa daño por casualidad, no deja de ser culpable, porque en sí es ilícito disparar una escopeta en un camino público.

§. MLXXXV—MXCL. IIº En la otra parte de este título tratamos de los capítulos de la lei aquilia, los cuales fueron muchos, segun observa mui bien Ger. Noodt

en su obra *De lege aquillia*, c. 4. Tres son los que se cuentan en la Instituta; y el segundo dejó de estar en uso tan completamente, que en el día ni siquiera consta de qué trataba. No obstante en nuestras *Ant. rom. h. t.* §. 9. *sig.* hemos hecho mención de las varias opiniones de los eruditos. El primero y el tercero aún se hallan descritos en la Instituta, y solo es necesario que manifestemos sus diferencias. Diferéncianse en el *sugeto*, en el *acto* y en el *efecto*. 1º En el sugeto, pues en el primer capítulo se trata solo de un siervo ó sierva y de un cuadrúpedo, por el cual los juriconsultos entienden todo animal que pasta, como ovejas, cabras, vacas, ó que se doma por el lomo y el cuello, como el camello, el caballo, el buei que ara etc. En el tercer capítulo se trata de todas las demas cosas, en que se nos ha causado daño, v. gr. si nuestros árboles han sido talados, si nos rompen un vaso de plata. 2º Se diferencian estos capítulos en el *acto*, porque por el primer capítulo se vindica la *muerte*, y por tanto no se puede usar del derecho introducido por él, si el siervo, la vaca ó el buei han sido heridos, sino si han sido muertos; mas por el tercer capítulo se vindican todos los demas actos en que se me ha causado daño, por ejemplo, si han herido á un siervo mio, ó si me han quebrantado, quemado ó roto algo, *L. 27. §. 5. ff. h. t.* Se diferencian en el *efecto*, porque si se instituye accion por el primer capítulo, el reo está obligado á pagar el mayor valor que tuvo la cosa en el año próximo anterior. Por ejemplo, si me han matado un siervo que nueve meses an-

tes hubiera podido venderse en mil florines, mil florines habrá que pagarme, aún cuando en el tiempo en que me lo mataron, apénas valiese ciento. Por el contrario, segun el tercer capítulo se estima la cosa en lo que valió en los treinta días anteriores. Así pues ya podremos describir fácilmente la accion de la lei aquilia. Se da al que sufrió el daño, ó á su heredero, contra el que causó el daño, no contra su heredero, (porque es accion penal, §. 4038. 2) para que pague lo mas que la cosa valió, dentro del año anterior, si obro por el primer capítulo; y si obro por el tercero, el mayor valor de la cosa en el espacio de los treinta días anteriores. Luego esta accion es penal y persecutoria de la cosa, porque fuera de la estimacion recibo algo mas por via de pena, á saber, si en el año ó mes anterior valió la cosa mas que en el tiempo en que se causó el daño; lo cual observa el emperador en el §. 9. *Inst. h. t.* Y se estima no solo la cosa determinada, sino tambien todo el restante daño, v. gr. si otras cosas por causa de esta han disminuído de precio. Por ejemplo, si tengo un tiro de cuatro caballos de sobresaliente marca y de un hermoso color igual, el que me matare uno de ellos, no solo deberá volverme lo mas que dicho caballo valió en el año próximo, sino tambien lo que esto hizo disminuir el precio de los otros tres. Otros ejemplos trae la *L. 22. §. 1. L. 23. pr. §. 1. 2. ff. §. 40. Inst. h. t.*

§. MXCII—MXCIV. IIIº Siguen algunos atributos de esta accion de la lei aquilia, los cuales son tres, y va-

mos á esponerlos por su orden. 1º El primer atributo es que se da una accion útil por la lei aquilia en el caso de ser herido un hombre libre. Porque si bien sus heridas no pueden estimarse, admiten con todo estimacion los gastos hechos para curarse, y lo que se llama obras cesantes y daños emergentes; y el reo estará entónces obligado á pagar esta estimacion, *L. 13. ff. h. t.* 2º Otro atributo es que en esta accion los resultados se agravan negando, es decir, que si uno confiesa desde luego haber causado el daño, es condenado en el valor simple, esto es, en el mayor valor que tuvo la cosa en el año ó mes anterior; pero si se obstina en negar que él ha causado el daño, y despues sale convencido, será condenado en el duplo, en castigo de la mentira y calumnia, §. 26. *Inst. h. t.* En lo cual es digna de alabanza la severidad de los romanos, que no sufrían que nadie mintiese impunemente en un acto judicial. 3º El tercero y último atributo consiste en ser triple esta accion, porque si alguno con el cuerpo causó daño al cuerpo, se llama accion *directa*; por ejemplo, si uno mató el siervo de otro. Si alguno, aunque causó daño al cuerpo, no lo hizo con el cuerpo, se llama accion *útil*; por ejemplo, si uno persuadió á un siervo ajeno á que se subiese á un árbol, y aquel se cayó de él. Finalmente, si nada se ha hecho ni al cuerpo ni con el cuerpo, y no obstante á mí se me causó daño, se llama accion en el hecho (*in factum*), v. gr. si uno desató á un siervo mio que yo tenia atado, y despues se escapó. Asi se expresa Justiniano en el §. *últ. Inst. h. t.* La primera

accion nace de las palabras de la lei aquilia, la segunda de la interpretacion de los jurisconsultos, y la tercera del edicto del pretor.

§. MXCV. [Segun las *leyes 20 y 21. tit. 15. Part. 7.*, toda la doctrina de Heineccio está en observancia en nuestro reino, en cuanto los que causan algun daño, están sujetos á la pena que en ellas se señala; pero la distincion de acciones en directa, útil y de hecho, que viene á ser lo mismo, son desconocidas entre nosotros, pues no se da más accion que la de demandar los daños en fundos.]

## TITULO IV.

## DE LAS INJURIAS.

§. MXCVI—MC. El último delito privado es la *injuria*; palabra que se toma aquí en un sentido distinto que en el título anterior. En él se llamaba injuria ó injusto lo que se hace sin derecho, §. 1081; aquí injuria significa una afrenta ó ignominia que se hace á alguno; y sobre ella examinaremos, 1º qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria, §. 1096—1100; 2º qué persecuciones se dan contra las injurias por Derecho romano, §. 1101—1110; y 3º cuándo cesan estas acciones, §. 1114.

1º Se pregunta, qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria? La definicion es clara: es *cualquier dicho ó hecho dirigido con dolo malo á la afrenta de otro.*

De esta definicion se derivan varias conclusiones. En efecto, consistiendo la injuria en un *dicho* ó en un *hecho*, se infiere que es *verbal* la que se hace con palabras afrentosas, y *real*, cuando con un hecho ofendo la estimacion de otro, v. gr., empujándole, azotándole etc. Suelen añadir otras dos especies, la *escrita*, que se hace con escritos ofensivos, y la *pintada*, que se verifica por medio de pinturas. Pero no hai inconveniente en referir la escrita á la verbal, y la pintada á la real. Además, como una afrenta puede ser mayor ó menor que otra, se sigue que la injuria es *simple*, cuando no hai circunstancias que la agraven, y *atroz*, cuando median circunstancias agravantes. Estas circunstancias agravantes son, 1.<sup>o</sup> la atrocidad del hecho, v. gr. si uno ha sido azotado ó rempujado: 2.<sup>o</sup> la celebridad del sitio, por ejemplo, si uno injuria á otro en un templo, en la plaza ó en un tribunal: 3.<sup>o</sup> la dignidad de la persona, v. gr. si la injuria fué hecha á un magistrado: 4.<sup>o</sup> la solemnidad del tiempo, v. gr. si uno, al casarse ó al asistir á un funeral, es injuriado, §. 9. *Inst. h. t.* Hablamos además en la definicion del *dolo malo*, porque sin dolo ó ánimo de injuriar no puede haber injuria. De lo cual se infiere, 1.<sup>o</sup> que un furioso, un infante, ni un loco no son reos de injuria, aunque digan ó hagan alguna cosa que sea dura é indecente, *L. 4. §. 4. ff. h. t.* 2.<sup>o</sup> Que lo que se dice chanceándose, no se debe tener por injuria, *L. 3. §. 3. ff. cod.*; sobre cuyo punto debe sin embargo atenderse á la dignidad de las personas, porque si un plebeyo dice que se ha chanceado con un

príncipe, ó con otra persona de alta categoría, esta disculpa no seria admisible, pues con tales sugetos no es permitida semejante irreverencia. Cesa tambien la injuria, 3.<sup>o</sup> si uno tuvo intencion, no de injuriar, sino de dar á un siervo una bofetada, y al darla se le fué la mano, y la dió á un hombre libre, *L. 3. §. 4. L. 4. ff. h. t.* Y ¿qué sucederá si, no tratando de herir á un siervo mio, sino á Ticio, heri á Mevio? Cesará entónces la accion de las injurias? No por cierto, porque el que hiere á un siervo suyo, hace una cosa lícita; pero el que hiere á Ticio, que es hombre libre, delinque. 4.<sup>o</sup> Por último deducimos no ser reo de injurias el que con intencion de enmendar y corregir, dijo ó hizo algo, por ejemplo, un ministro del altar, un magistrado, un preceptor. Sin embargo esta presuncion admite prueba en contrario. Si pues puede probarse que un ministro de la Iglesia se desenfrenó contra alguno, no por via de correccion, sino con ánimo de injuriar, y por satisfacer pasiones ignobles, estará obligado por la accion de injurias. Sobre esto se ve un caso en la *L. 5. §. 3. ff. Ad L. aquil.* Un zapatero que tenia de aprendiz á un muchacho, en una ocasion en que este hacia mal un zapato, le hirió con una borma en tales términos, que echó sangre por los ojos. Se preguntaba, si se daria contra el tal zapatero la accion de injurias? Se niega en dicha lei, porque si hirió, fué con ánimo de corregir: pero no obstante, por cuanto causó daño por su culpa, se concedia contra él la accion de la lei aquilia. Finalmente se dice en la definicion, *dirigido á la afrenta*

*de otro.* Esto puede hacerse de dos modos; ó *directamente*, de manera que nosotros mismos suframos la injuria, ó *indirectamente*, causándonos la injuria por medio de alguno de nuestra familia. Por eso, v. gr. el padre tiene la acción de injurias, si su hija fué injuriada; el marido, si lo fué la mujer; el señor, si se dirige al siervo la afrenta, porque según el Derecho romano, al mismo siervo no se le puede hacer mas injuria que á un perro. Pero se pregunta, ¿si tambien la mujer tiene la acción de injurias por una afrenta hecha al marido? Se niega, pues sería indecoroso que el marido fuese defendido por la mujer. Exceptuáse solo el caso de que la injuria, hecha al marido, ofenda al mismo tiempo el honor de la mujer; por ejemplo, si uno llamó al marido cabron, es igual que si hubiese llamado adúltera á la mujer: luego tanto el marido como la mujer tendrán en este caso la acción de injurias. Véase el §. 2. *Inst. L. 4. §. 3. sig. L. 44. §. 8. ff. h. t.*

§. MCI — MCX. II.º Hemos visto qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria. Ahora explicaremos las varias persecuciones judiciales (1) que competen al injuriado. Las principales son cinco: 1.º la persecucion pretoria estimatoria; 2.º la persecucion-estrordinaria criminal; 3.º la acción civil y criminal de la lei cornelia de injurias; 4.º la retorsion; 5.º la acción para conseguir la retractacion ó palinodia. 1.ª La *acción pretoria es-*

(1) La *L. 3. tit. 9. Part. 7.* y las *LL. del tit. 25. lib. 12. Nov. Recop.* señalan penas fijas á ciertas injurias. El castigo de las demas se ha dejado al arbitrio del juez.

*timatoria* trae origen de la maldad de un tal Luctacio Neracio, hombre perverso, según nos dice A. Gel. *Noct. attic. lib. XX. c. 4.* Por la lei de las XII Tablas, la pena de las injurias eran veinte y cinco ases, suma considerable en los primeros tiempos de la república; pero que habiéndose aumentado después las riquezas de los romanos, se tenía por nada. Como el tal Neracio tuviese el mayor gusto en abofetear y dar puñadas á hombres libres, acostumbraba salir de casa acompañado de un lacayo que llevaba un bolsillo de dinero. Al primero que encontraba, le daba un bofetada, y al instante echaba mano á la bolsa el siervo, y pagaba los veinte y cinco ases. Sabiendo esto el pretor, quitó la multa de los veinte y cinco ases, impuesta á los injuriantes, y concedió á los injuriados la facultad de estimar la injuria en una cantidad de dinero, condenando al reo á que la pagase, y reservándose él la facultad de moderarla, si era excesiva. Así que esta acción estimatoria se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que pague la cantidad en que se haya estimado. Por tender solo á la venganza, es odiosa, y no se concede ni al heredero, ni contra el heredero, ni pasado un año, §. 7. *sig. Inst. h. t. II.º* La persecucion criminal se concedía estraordinariamente en ciertos casos: 1.º por una injuria atroz; 2.º por una injuria hecha al culto divino ó á los que lo desempeñan, *L. 40. C. De ep. et cler.*; y 4.º por un libelo infamatorio, por el cual se entiende un eserito en que uno imputa á otro algún crimen infame ó capital, ya sea suprimiendo el nom-

bre, ya espesándolo, pero esparciendo el escrito en público con fin siniestro. Por esta y la segunda causa tiene lugar la pena capital, *L. ún. C. De famos. libell.* Por la injuria atroz la pena es arbitraria, de destierro, azotes, obras públicas, etc. §. 10. *L. últ. ff. h. t.* Por lo demás debe aquí observarse que la acción estimatoria y la persecucion criminal no pueden acumularse, y mas bien se escluyen mutuamente, porque ambas son penales, y por un solo delito nadie puede ser castigado dos veces. Luego el que entabla la acción criminal, no puede pedir la estimación; y el que entabla la acción estimatoria, no puede intentar la criminal. Las acciones que tienden á un mismo fin, no pueden acumularse, *L. 6. L. 7. ff. h. t. III.* La tercera es la acción de la *lei cornelia de injurias*, tambien civil, es decir, estimatoria, ó criminal, que se da para que se imponga una pena arbitraria. Consiguiéndose pues lo mismo por la acción de la *lei cornelia* que por la acción pretoria estimatoria, y la persecucion criminal, ¿hai alguna diferencia entre estas acciones, ó mas bien deberá decirse que una de las dos es superflua? Respondo que en realidad hai una gran diferencia: 1º la acción pretoria es general, y se concede por cualquier injuria verbal ó real; la acción de la *lei cornelia* es especial, pues se da por tres injurias reales, á saber, 1º si alguno fué azotado, 2º si fué repujado, ó 3º si se le impidió con violencia que entrase en su casa. Aquí *azotar* significa *herir con dolor*, y *repujar* es *herir sin él*, *L. 5. §. 4. ff. h. t.* 2º La pretoria se da solo por

un año, *L. 5. C. h. t.*: la acción de la *lei cornelia* es perpetua, y por tanto si se obra civilmente, dura treinta años, y si criminalmente, dura veinte. IVª La cuarta es la *retorsion*, por la cual no entendemos ninguna acción, sino la venganza privada, que consiste en que aquel que recibió la injuria, la devuelve incontinenti al otro: por ejemplo, tú miéntes. — Tú sí que eres un embustero, *L. 44. §. 6. ff. De bon. libert.* Acerca de ella debe observarse, 1º que tan solo es permitida en las injurias verbales, no en las reales; por lo cual no quedaría impune el que habiendo sido azotado, devolviese azotes: 2º que inutiliza la acción de injurias, porque ¿con qué cara imploraría el ministerio del juez, quien se hubiese tomado la justicia por su mano? 3º La *retorsion* mas bien es tolerable que laudable, como contraria al ejemplo de Jesucristo, que no volvía maldiciones á los que le maldecían, y enteramente opuesta á la mansedumbre cristiana. Vª La última es la *acción para la palinodia* ó retractación, desconocida de los romanos y usada en algunos países; la cual se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que este se desdiga ó retracte, y confiese públicamente haber mentado.

§. MCXI. III.º Pregúntase finalmente, cuándo cesa la acción de injurias? Hai cuatro casos en que cesa: el primero es por la *retorsion*, de la cual hemos dicho poco há que quita la acción de injurias, por haberse hecho justicia por sí mismo el injuriado. El segundo modo es la *remision*; porque ¿quién ha de ir á dar co-

nocimiento á un juez de la injuria que ya ha perdonado? La remision se hace, ó *espresamente* por palabras, ó *tácitamente* por el mismo hecho, v. gr. si alguno que ha recibido una injuria, habla familiarmente, cena, bebe ó se divierte con el que se la ha hecho, §. *últ.* *Inst. h. t.* El tercero es la *prescripcion*, de un año, si se trata de la accion pretoria, de treinta, tratándose de la accion de la lei cornelia, y de veinte años, por lo que hace á la accion criminal, §. 4407. Pasado este tiempo, en vano se trataria de entablar accion alguna, *L. 4. De injur.* El último es la muerte, ya del injuriante, ya del injuriado, §. 4. *Inst. De perpet. et temp. act.* Poco hace hemos visto que esta accion no se da á los herederos, ni contra los herederos, porque tiende á la venganza; luego con razon espira con la muerte de cualquiera de los dos. Eexceptuase solo el caso de que el pleito se hubiese contestado ántes de la muerte, *L. 43. pr. ff. h. t.*; porque por la litiscontestacion se hace una novacion, §. 4019., y lo que ántes se debía por delito, despues se debe por cuasi contrato; y por tanto puede entablarse accion por los herederos y contra los herederos.

#### TÍTULO V.

##### DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI DELITO.

§. MCXII. Hemos tratado de los cuatro delitos privados, á saber, del hurto, rapiña, daño causado injus-

tamente y de la injuria. Resta ahora hablar de los *cuasi delitos*, los cuales ya arriba hemos definido ser *unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa sin dolo malo*. Algunos dan otras definiciones, pero con poca exactitud; porque los que dicen que el cuasi delito es una obligacion que no nace de contrato, ni de cuasi contrato, ni de delito, *pr. Inst. h. t.*, estos dicen lo que la cosa no es, pero no dicen lo que es; requisito esencial en toda definicion. Estruvio tambien incurre en el error de decir, que el cuasi contrato es una obligacion que nace de una culpa ajena que se nos imputa; pero esto tambien es manifiestamente falso, porque el juez que falla erradamente, cuasi delinque, §. 4413., y no obstante, tan léjos está de imputársele una culpa ajena, que ántes bien queda libre de pena, si la culpa fué de los asesores, *L. 2. ff. Quod quisque juris in alium stat.* Pudiera objetarse el cuasi delito de lo que se derrama ó arroja (*de diffusis et dejectis*), en el cual el hecho de la esclava ó esclavo se imputa al inquilino. Pero se responde, que propiamente no se imputa al inquilino el hecho del siervo ó de la sierva, sino que es culpa del mismo inquilino no tener en su casa ó familia gentes mas cuidadosas, §. *últ. Inst. h. t.* De estos cuasi delitos referiremos seis: 1º el de un juez que hace suyo el pleito, §. 4413.; 2º el de las cosas arrojadas y derramadas, §. 4414-4416.; 3º de lo suspendido y mal colocado, §. 4417-4419.; 4º el de los patrones, mesoneros y posadores, §. 4420-4422.; 5º la compasion intempestiva; y 6º la conivencia, §. 4423. De paso ad-

vertiremos, que de todos los cuasi delitos nace una accion en el hecho (*in factum*), aunque lleve diversos nombres; v. gr. la accion en el hecho de lo derramado y arrojado; la accion en el hecho contra patrones, mesoneros y posaderos, etc.

§. MCXIII. El primer cuasi delito es el de un juez que hace suyo el pleito. Hacer suyo el pleito tanto quiere decir como juzgar malamente. Aquí deben distinguirse tres casos, porque ó el juez falló mal con dolo malo, v. gr. por odio, afecto ó soborno; ó lo hizo por impericia é imprudencia, por ejemplo, si siendo nombrado cónsul un sastre, mide el Derecho, que nunca ha saludado, del mismo modo que mide el paño; ó bien el juez que no sabe el Derecho, consultó á los asesores, y segun el parecer de estos pronunció la sentencia. En el primer caso es reo de verdadero delito, y por tanto no solo paga la estimacion del pleito, sino que tambien es infamado y removido de su empleo, *L. últ. C. De pœn. jud. qui male jud.* Y si ha dejado corromperse por dinero, se puede obrar criminalmente contra él por la lei julia de peculado, *L. 1. L. 6. §. últ. ff. ad L. jul. repet.* En el tercer caso no puede entablarse accion contra el juez, sino contra los asesores que sugirieron tan mal consejo, *L. 2. ff. Quod quisque jur.* Queda pues el segundo caso, en el cual el juez es reo por un cuasi delito, por haber hecho suyo el pleito, desempeñando el oficio de juez sin saber las leyes, ni consultar á otros que fuesen inteligentes. En esto consiste su culpa. La pena es una multa arbitra-

ria, *pr. Inst. h. t.* La accion que resulta de este cuasi delito, se llama en nuestro Derecho *accion en el hecho (in factum)*, y los glosadores y pragmáticos le dan el nombre de accion *de syndicatu*; la cual se concede á aquel contra quien se ha fallado injustamente, para que pida que al juez que, juzgando indiscretamente, hizo suyo el pleito, se le imponga una pena arbitraria. Puede objetarse que esta pena es inicua, y que el actor debe imputarse á sí propio el no haber interpuesto apelacion de una sentencia injusta y absurda; pero ya hemos respondido en el *escolio*, conformándonos con la *Dicástica* de Zieglero, que por omitirse la apelacion, adquiere derecho la parte contraria, mas no por eso puede disculparse el juez. Luego si opusiera esta escepcion, se deberia desechar, por ser relativa al derecho de un tercero.

§. MCXIV — MCXVI. El segundo cuasi delito es el de las cosas derramadas y arrojadas, el cual consiste en haberse derramado ó arrojado de nuestra casa alguna cosa en un paraje donde suele juntarse ó pararse la gente. Si de esta suerte se hace daño á alguno, está el inquilino obligado, aún cuando no haya sido él mismo el que derramó ó arrojó; no porque se le impute hecho, sino porque no carece de culpa, por tener en su casa gente tan descuidada. Por lo demas aquí hai que distinguir cuatro casos, acerca de cada uno de los cuales dió disposiciones en su edicto el pretor. El primero es, si por derramar ó arrojar algo se causó un daño estimable, v. gr. si se mató un siervo, ó si se man-

chó á alguno el vestido; y entónces se da la accion *en el hecho* á la persona interesada contra el inquilino, no contra sus herederos, por ser accion penal, para conseguir el duplo; en cuyo caso la accion es perpetua, *L. 5. §. 5. ff. De his qui effud.* El segundo caso es si se mató á un hombre libre, y por tanto se causó un daño inestimable. Entónces la accion *en el hecho* es popular, no dura mas de un año, y no compete á los herederos ni contra los herederos, *L. 5. §. 5. ff. §. 1. Inst. eod.* Por consiguiente puede entablar esta accion cualquiera del pueblo contra el inquilino, no contra sus herederos, para la pena de cincuenta áureos, que se deben pagar al actor, *L. 1. §. 5. ff. eod.* El tercer caso es, si un hombre libre no fué muerto, sino herido, ó se le causó de otra manera daño en su cuerpo. Entónces, por cuanto el dolor y las heridas no admiten estimacion, tansolo se estiman las obras cesantes, los gastos hechos en la curacion, y los demas daños sufridos, segun hemos visto arriba, en la esplicacion de la lei aquilia, §. 1092. Así esta accion se da al herido contra el inquilino, no contra los herederos, para conseguir la estimacion de las obras cesantes, y la restitution de los gastos de la curacion y de los demas perjuicios. Tambien en este caso la accion *en el hecho* es perpetua, *L. 5. §. últ. ff. eod.* El último caso es, si consta que era siervo el que derramó ó arrojó la cosa. Mas no estando obligado el dueño por el delito del siervo de otro modo que *noxalmente* (dando el siervo para que le castiguen), tambien en este caso se entabla la accion *noxal en el he-*

*cho (in factum noxalis)* para la recuperacion del daño, que compete al perjudicado contra cualquiera poseedor de este siervo, pues las acciones noxales están *eseritas en la cosa (in rem scriptæ)*, §. 1146., para resarcir el daño, ó entregar el siervo para que le castiguen.

§. MCXVII — MCXIX. El tercer cuasi delito es, cuando uno tiene alguna cosa puesta ó suspendida sobre un sitio en que se detienen ó por donde pasan las gentes, cuya caída fácilmente puede causar daño. Pues aunque no haya resultado daño, no obstante, interesando á la sociedad que todos vayan sin peligro por los parajes publicos, estableció el pretor la accion popular en el hecho de diez áureos. Por tanto aquí obra cualquiera del pueblo contra el que pone ó suspende la cosa, no contra el inquilino, para que se le paguen diez áureos, *L. 5. §. 6. §. 12. ff. cod.* Si el siervo, sin saberlo ni mandarlo el dueño, cuelga ó arroja alguna cosa, tiene lugar ademas la accion noxal; y por tanto obra entónces cada uno del pueblo contra cualquiera poseedor del siervo, para que pague los diez áureos, ó entregue el siervo para que le castiguen, *L. 2. pr. ff. De nox. act.* ¿Y si, habitando el hijo separadamente del padre, se hiciese reo de este delito ó del anterior? En este caso antiguamente se procedia tambien noxalmente contra el padre, para que pagase diez áureos, ó entregase el hijo para ser castigado; mas desde que Justiniano prohibió que se entregasen los hijos para castigarlos, §. últ. *Inst. De nox. act.*, estableció que se

obrase contra el hijo, y si este fuese condenado, se daba contra el padre la accion de lo juzgado (*judicati*), solo para cuanto alcanzase el peculio, *L. 57. ff. De judic.* Si se pone la objecion de que la accion de *peculio* no se da en los delitos, sino solo en los contratos de los hijos de familias, *L. 58. ff. De R. J.*, se responde que la accion de cosa juzgada no nace de delito, sino del cuasi contrato de la contestacion del pleito. Luego con razon se da contra el padre hasta el valor del peculio, *L. 1. L. 3. §. 11. ff. De pecul.*

§. MCXX — MCXXII. En el cuarto cuasi delito de los *patrones de barco, venteros y mesoneros*, se han de distinguir especialmente tres casos, para no confundir cosas muy diversas. A saber, 1º si los mismos patrones, venteros ó mesoneros cometieron hurto ú otro daño en las cosas de los caminantes, ó que van de transporte, entónces son reconvenidos por *verdadero delito*; por ejemplo, por la accion de hurto, de rapiña, por la lei aquilia. Véase el primer tit. *ff. Furt. advers naut. caup. stab.* 2º Si el daño no se ha hecho por los patrones, venteros, mesoneros, sino por los estraños, v. gr. los pasajeros ó caminantes que estaban en el mismo buque, entónces se repite contra los patrones, etc., por cuasi contrato, pues cuando recibieron las cosas ajenas en la nave ó meson, se presume que prometieron custodiarlas; y por tanto en este caso aquel que ha sufrido el daño, obra contra ellos para que restituyan lo recibido, y resarzan todo el daño, *L. 1. L. 3. L. 5. ff. Naut. caup. stab. ut rest.* Por último si el daño se ha

causado en las cosas del pasajero ó caminante por la familia del patron, ventero ó mesonero, se obra en tal caso por cuasi delito, pues la culpa de los patrones y socios consiste entónces en haber empleado á gente de mala conducta, *L. 5. §. ult. ff. De obl. et act.* Este caso por tanto es el único que pertenece á este título. Se concede en virtud de este contrato la accion en el hecho á aquel que sufrió el daño, contra el patron, ventero ó mesonero que recibió las cosas, no contra sus herederos, porque es penal, §. 4038. 2, para que restituya el duplo, §. *ult. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en qué se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato, pues 1º la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2º Aquella no se da contra los herederos; esta se da contra ellos. 3º Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra son perpetuas, *L. 7. §. ult. ff. Naut. caup. stab.*; lo cual es aqui singular, siendo como son de solo un año las acciones penales pretorias, §. 4271. Pero es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato, que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apenas están hoy dia admitidas, y parte porque es mas difícil la prueba en este caso que cuando se obra por cuasi contrato; pues en este prueba solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó meson, y en el cuasi delito tengo que probar, que alguno de la familia causó el daño.

§. MCXXIII. Añadimos en este párrafo dos cuasi de-

litos, de que no se hace mencion en las Instituciones, á saber, V<sup>o</sup> la *miseriordia intempestiva*, y VI<sup>o</sup> la *conivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal, degeneran en vicios, así tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el escribano soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la *L. 7. pr. ff. De pos.* A la verdad en estos casos no hai lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Conivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Ciertamente si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que trabe un desafio, no hai duda que esta conivencia es digna del mayor castigo. En ambos casos pues se dará la accion *en el hecho*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hai mas cuasi delitos que los que numera el emperador en este título de las Instituciones.

§. MCXXIV. [Por la *lei 26. tit. 15. Part. 7.* las penas impuestas contra los que tiene suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.]

## TÍTULO VI.

## DE LAS ACCIONES.

§. MCXXV. Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones, pues dividiéndose estas segun los tres objetos del Derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 74, tratámos de los derechos de las personas en el libro I, y del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II, III y IV, hasta este título VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este título hasta el XVII. El título último ó XVIII es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al Derecho público que al privado.

§. MCXXVI. Observamos en la doctrina de las acciones tal órden, que antepuesta la definicion, se espiquen en este y los títulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veamos pues en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entónces pertenece al segundo objeto del Derecho, esto es, al título *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legitimo* de conseguir su derecho en juicio, y entónces pertenece al tercer objeto del Derecho, á este título de *acciones*. Ahora deberia Justiniano de-

litos, de que no se hace mencion en las Instituciones, á saber, V<sup>o</sup> la *misericordia intempestiva*, y VI<sup>o</sup> la *conivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal, degeneran en vicios, así tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el escribano soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la *L. 7. pr. ff. De pos.* A la verdad en estos casos no hai lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Conivencia* es cuando uno permite que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Ciertamente si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que trabe un desafio, no hai duda que esta conivencia es digna del mayor castigo. En ambos casos pues se dará la accion *en el hecho*. Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hai mas cuasi delitos que los que numera el emperador en este título de las Instituciones.

§. MCXXIV. [Por la *lei 26. tit. 15. Part. 7.* las penas impuestas contra los que tiene suspensa alguna cosa, se aplican para resarcir los daños y perjuicios, y ademas para penas de cámara.]

## TÍTULO VI.

## DE LAS ACCIONES.

§. MCXXV. Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones, pues dividiéndose estas segun los tres objetos del Derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 74, tratámos de los derechos de las personas en el libro I, y del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II, III y IV, hasta este título VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este título hasta el XVII. El título último ó XVIII es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al Derecho público que al privado.

§. MCXXVI. Observamos en la doctrina de las acciones tal órden, que antepuesta la definicion, se espiquen en este y los títulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veamos pues en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entónces pertenece al segundo objeto del Derecho, esto es, al título *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio legitimo* de conseguir su derecho en juicio, y entónces pertenece al tercer objeto del Derecho, á este título de *acciones*. Ahora deberia Justiniano de-

finir la acción en la significación posterior, si quisiese observar exactamente las reglas del método; mas él la definió en la primera significación, diciendo que es *un derecho de demandar en juicio lo que á uno se le debe, pr. Inst. h. t.* Esta definición se resiente de dos defectos, pues 1º la acción en este título no es el derecho, sino un medio de obtenerlo. 2º No solo pedimos por la acción lo que se nos debe, sino tambien lo que es nuestro. Luego debiendo Justiniano definir la acción en general, definió una especie de acción, á saber, la acción personal. Para corregir estos errores, se dará la definición de esta manera: *acción es un medio legitimo de conseguir en juicio los derechos, ya en la cosa, ya á la cosa, que competen á cada uno.*

§. MCXXVII. Supuesto esto, fácilmente dividiremos el título. Se esplican en él las divisiones de las acciones.

1º Unas son reales y otras personales (1), §. 1127-1171: 2º unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas, §. 1172-1174: 3º unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el duplo, otras en el triplo y otras en el cuádruplo, §. 1175-1180: 4º unas son de buena fe, otras de derecho estricto y otras arbitrarias, §. 1181-1196: 5º por unas conseguimos el todo y por otras ménos que el todo, §. 1197-1203.

1º La primera division es, que unas acciones son *reales* y otras *personales*: aquellas se llaman *vindicacio-*

(1) Las acciones mistas se distinguen de las penales y reales, segun la *lei 5. tit. 8. lib. 11. de la Nov. Recop.*

*nes* y estas *condicciones*: aquellas nacen del *derecho en la cosa*, y estas del *derecho á la cosa*. Sin embargo no negamos por eso que se den *acciones mistas*, que son al mismo tiempo reales y personales. Pues aunque estas acciones se acerquen mas á las reales, ó á las personales, no impide esto que puedan llamarse mistas, como tampoco se llamaria puro el vino mezclado con agua, aunque la tenga en mui corta cantidad. Las acciones mistas son cuatro: la petición de la herencia, y los tres juicios divisorios, de fijar los límites, dividir lo comun, y partir la herencia (*finium regundorum communi dividundo, familiae erciscundae*); y nacen en parte del derecho en la cosa, á saber, la herencia ó dominio; y en parte del derecho á la cosa, el euasi contrato ó delito; y por tanto se conceden, ya para la restitucion de la cosa, ó ya para las prestaciones personales. Esta es pues la primera division de las acciones. Ambas, tanto las reales como las personales, se subdividen en *civiles* y *pretorias*. Aquellas provienen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes; estas del Derecho honorario. La diferencia es grande por razon de la prescripcion, pues las civiles penales son perpetuas, y las pretorias suelen ser de un año, porque no dura mas el mando del pretor. Ahora consideraremos, 1º la naturaleza de las acciones en la cosa, §. 1128 y 1129; 2º las acciones que nacen del dominio, §. 1130-1132; 3º las acciones del derecho hereditario, §. 1133 y sig. 4º las acciones de las servidumbres, §. 1135-1137; 5º las acciones del derecho

de prenda, §. 1138-1140; y 6º algunas acciones mistas en la cosa, §. 1141-1144.

§. MCXXVIII y MCXXIX. 1º En pocas palabras, la naturaleza de las acciones reales consiste (a) en que todas nacen del derecho en la cosa, en el que no está obligada la persona, sino la misma cosa, como sucede en el dominio, derecho hereditario, servidumbre y prenda, §. 334. (b) En que todas estas acciones se dan contra cualquiera poseedor, ya se le conozca ó no; bien hubiese negociado conmigo, ó no hubiese negociado, *L. 25. pr. ff. De O. et A.* Ciertamente no sucede lo mismo en las acciones personales, que se dan contra aquellos que negociaron con nosotros y no contra un tercero, á no ser que sean acciones escritas en la cosa (*in rem scriptæ*), de las que se tratará mas abajo. (c) En que el poseedor nunca se dirige contra la cosa (*numquam in rem agit*). Porque ¿quién sería tan necio que quisiese recibir del juez lo que ya tenía en su casa? Y no obstante añade Justiniano §. 2. *Inst. h. t.*, que solamente en un caso puede reclamar la cosa el que la posee (*agere in rem*); de cuyo caso dice haber tratado en los libros mas estensos del *Digesto*; por lo que investigan con mucha diligencia los doctos, cuál será este caso único. Hai quien opina ser el interdicto *Uti possidetis*, ó *Utrubi*, del cual usa el que posee. Pero ántes deben probar que estos interdictos se dirigen contra la cosa, pues en general se afirma en la *L. 1. ff. De interd.*, que los interdictos se dirigen contra las personas. Aquel único caso de que habla Justiniano, es sin duda

la *accion negatoria*, porque de ella usa, 1º el que está en la posesion ó cuasi posesion de la libertad: 2º de la misma accion se trata allí siempre de propósito: 3º lo confirma Téofilo, §. 2. *Inst.*, á cuyo testimonio siempre doi el mayor crédito. Véase mi *Præf. ad Vinnium*. 4º El dueño no usa de *condiccion*, esto es, de accion personal (*non condical*), para reclamar su cosa, sino que la *vindica*, esto es, la persigue por accion real, §. 14. *Inst. h. t.* En el §. 1062. advertimos que se observa lo contrario en el solo caso de la *condiccion furtiva*.

§. MCXXX — MCXXXII. IIº Sentados estos preliminares generales acerca de la naturaleza de las acciones reales, veamos la primera clase de ellas, que son las que nacen del *dominio*. De estas hai tres; una civil, *vindicacion de la cosa*; y dos pretorias, *publiciana* y *rescisoria*. (a) *Vindicacion de la cosa* es una accion real civil, por la que obra el dueño contra cualquiera poseedor, para que restituya la cosa con todas sus partes, acrecentamientos y frutos, segun la clase de posesion. Si el reo posee de buena fe, restituye solamente los frutos existentes; y si de mala fe, está obligado á entregar los frutos existentes y los percibidos, y que debió percibir. Por lo demas, si obra en virtud de pleno dominio, se llama la accion *directa*; y si de dominio ménos pleno, como en la enfitéusis, feudo ó superficie, la accion se llama *útil*. Aunque esta accion es mui natural, con razon se dice sin embargo que es difficilísima, porque el actor debe probar el dominio; cuya prueba

no es tan fácil como parece, tocándole demostrar, no solo que la adquirió con buena fe y justo título, sino tambien que su anterior poseedor era verdadero dueño, á no ser que la hubiese usucapido, pues de otro modo no podría trasferirnos el dominio que no tuvo. Siendo esto así, introdujo el pretor otra accion mas fácil, á saber, (b) la *publiciana*, llamada de este modo de cierto pretor Publicio. El fundamento de esta accion es el dominio fingido, pues si uno recibe una cosa con buena fe y justo título de quien no es dueño, finge el pretor no obstante que es verdadero dueño, aunque no lo sea, así como se dice en el §. 4. *Inst. h. t.*, que ha usucapido, no siendo cierto. Mas ¿con qué derecho puede fingir esto el pretor? Porque aquí no se procede contra el verdadero dueño, respecto del que seria injustísima esta ficcion, sino contra aquel que posee sin derecho ó con derecho mas débil, ó deja de poseer por dolo malo, para que restituya la cosa con todas sus partes, acciones y frutos, segun la clase de posesion. Es pues mucho mas fácil esta accion, porque aquí no pruebo el dominio de mi causante, sino solo que he recibido la cosa con buena fe y justo título. (c) La accion *rescisoria* fué inventada por el mismo pretor Publicio, pues claramente se llama tambien *publiciana* en la *L. 33. ff. De O. et A. y L. 57. Mandati*, y estriba casi en el mismo fundamento que la anterior, pues así como en aquella se fingía que habia usucapido el que no usucapió, así en esta se finge que no usucapió el que habia usucapido, *L. 5. Inst. h. t.* Por lo demas tiene lugar

esta accion, siempre que el ausente por causa de la república ó por miedo usucapió mi cosa. En uno y otro caso restituye el pretor en el todo al perjudicado, y con este nombre salió la accion rescisoria, que se concede al ausente por causa de la república ó por justo miedo, y contra el presente que usucapió, para rescindir la usucapion, y que restituya la cosa con todas sus partes. Siendo pues esta accion restitucion en íntegro (*in integrum*), de la que se trata en el tit. *Quibus ex caus. maj. 25. ann. in integr. rest.*, duraba antiguamente solo un año. Pero Justiniano la estendió á cuatro años continuos, *L. ult. C. De temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII y MCXXXIV. III<sup>o</sup> Sigue otra clase de acciones reales que nacen del derecho *hereditario*; las cuales son dos, á saber, la *peticion de herencia* y la *queja inoficiosa*. La *peticion de herencia*, como advertimos en el §. 1126, es *mista*, pues en primer lugar nace del derecho en la cosa (*in re*), á saber, del hereditario; y ademas de euasi contrato, por la administracion de la herencia comun; por lo que se pide la herencia y las prestaciones personales. Se da esta accion al heredero, ya por testamento, ya abintestato, contra aquel que posee como heredero (esto es, que juzga que él es heredero) ó como poseedor, (esto es, que posee sin justa causa, y preguntado, responde, poseo porque poseo) para que restituya la herencia con los frutos y accesiones, dé cuentas y resarza los daños. Fuera de lo cual se ha de observar acerca de esta accion, 1<sup>o</sup> que es universal, pues se pide una totalidad, á saber, la herencia.

2º Que no puede entablarse contra aquel que posee por título singular, tal como el comprador de la cosa hereditaria, el donatario etc. 3º Que esta accion dura treinta años, contra la naturaleza de las acciones reales, porque es mista, y en esto imita la naturaleza de las acciones personales. La *queja del testamento inoficioso* no es otra cosa que una especie de peticion de la herencia; pero habiendo tratado de ella espresamente arriba en el *lib. II. tit. 48*, no hai para qué detenernos ahora en explicarla de nuevo.

§. MCXXXV — MCXXXVII. IVº Constituyen la tercera clase de acciones reales las que se conceden *acerca de las servidumbres*. Digo *acerca de las servidumbres*, porque así se espresa tambien Ulpiano, *L. 2. pr. ff. Si serv. vind.*, pues contándose aquí dos acciones, la confesoria y la negatoria, aquella nace ciertamente *de la servidumbre*, mas esta viene de la libertad natural; y por tanto mas bien puede decirse que se concede *acerca de la servidumbre* y por su ocasion, que no que nace de la servidumbre. La accion *confesoria* es una especie de vindicacion; y de aquí es que en las Pandectas está concebida la rúbrica en estos términos: *Si servitus vindicetur*, si es vindicada la servidumbre. Su fundamento es el derecho que decimos nos compete en una cosa ajena. Si pues otro nos lo niega é interrumpe este derecho, obramos contra el que lo turba, 1º para que deje de turbarnos, 2º para que resarza el daño causado, 3º para que preste caucion de no turbarnos mas en adelante; y principalmente, 4º para que

se declare por el juez que nos compete este derecho. Al contrario el fundamento de la accion *negatoria* es la libertad natural: por consiguiente usa de ella el que dice que su fundo es libre por naturaleza, y esento de toda servidumbre, contra el que vindica para sí algun derecho en él, 1º para que se declare libre nuestro fundo, 2º para que desista el reo de turbarnos, 3º para que se le mande prestar caucion sobre ello, y 4º para que nos resarza todos los daños causados. Estas acciones son utilísimas y diarias en el foro. Mas la negatoria tiene de singular, 1º que aquí reclama la cosa (*in rem agit*) el que la posee; lo que ya observámos arriba, §. 4429. 5, por el §. 2. *Inst. h. l.*, que sucedia únicamente en este caso; 2º que debiendo en los demas casos probar su accion el actor, este se halla esento de prueba, y esta carga incumbe al reo, porque se presume la libertad natural, en la que pone el fundamento este actor, y la presuncion traslada al contrario la carga de probar, *L. 3. L. 9 L. 42. ff. L. 10. De probat. et præsumpl.* Sin embargo se esceptúa el caso de que el reo estuviere en la cuasi posesion de su derecho, pues entónces no le toca la prueba, sino al actor, por la regla que veremos abajo, §. 4232. 4. No obstante en muchos países se observa en el foro la práctica contraria.

§. MCXXXVIII — MCXL. Vº Forman la cuarta clase de acciones las reales que nacen *del derecho de prenda*, en cuanto la prenda no es contrato (pues de él solamente proviene accion personal) sino derecho en la cosa. De

este derecho de prenda nacen dos acciones, reales y pretorias, de las cuales se llama la una *serviana*, del nombre de su autor, y la otra *cuasi serviana* ó hipotecaria. Aquella es especial, esta general. Dije que la *serviana* es especial, pues se concede en el único caso de que, dando uno en arriendo un predio rústico, hace que se constituya prenda á su favor. Porque entónces el locador entabla esta accion contra cualquiera poseedor de las cosas dadas en prenda, para conseguir las y poseerlas, hasta que se le satisfaga la pension. Mas siendo general la *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, se da contra toda prenda ó hipoteca constituida al acreedor; y por tanto usa de ella todo acreedor hipotecario contra cualquiera poseedor de la prenda, hasta quedar satisfecho de su deuda. Pero habiendo hablado algo arriba de estas acciones, §. 818, no nos detenemos mas en ellas.

§. MCXLI—MCXLIV. VI° Explicadas todas las acciones que dimanar de las cuatro especies del derecho en la cosa, añadimos ciertas acciones mistas, que se numeran verdadera ó falsamente entre las reales. Tales son 4° la *accion pauliana*, que nuestro Justiniano agrega claramente á las reales, §. 6. *Inst. h. t.*, sin embargo de que allí se pide la restitucion y juntamente los frutos; lo que por otra parte es cualidad de las acciones personales. En algun modo puede apoyar á Justiniano el que esta accion nace de la posesion pretoria de los bienes, y por tanto de derecho en la cosa, como ya notó Pagenstechero, *Aphorism. h. t.* Es cierto sin

embargo, que mas pertenece la accion pauliana á las personales que á las reales. Por lo demas se concede esta á los acreedores, en cuyo fraude enajenó sus cosas el deudor, contra los que tienen estos bienes enajenados, para que los restituyan con sus frutos. 2° Cuentan igualmente los doctores los *interdictos* entre las acciones reales, pues teniendo la posesion por la quinta especie de derecho en la cosa, tambien consideran acciones reales los interdictos que nacen de la posesion. Pero esto es manifiestamente falso, pues (a) ya demostramos evidentemente en el §. 331, que es un error llamar á la posesion derecho en la cosa, aunque el derecho de poseer, como contenido en el dominio, sea real. (b) Nada es mas claro que las palabras de Ulpiano *L. 1. §. 3. ff. De interd.*, que todos los interdictos (nótese que dice *todos*), aunque parezcan dirigirse á la cosa, sin embargo en sus propiedades son *personales*. 3° Mas bien se numeran entre las acciones reales las *acciones prejudiciales* (anticipadas en el juicio), en las que se litiga sobre el estado, §. 13. *Inst. h. t.* Cuantos son pues los estados de los hombres, tantas son las acciones *prejudiciales*, y el estado es, ó de *libertad*, ó de *ciudad*, ó de *familia*, §. 76. En cuanto al estado de libertad, se pregunta, si uno es libre ó siervo. En cuanto al estado de ciudad, si uno es ciudadano ó extranjero, cuestion de la cual trata Ciceron, *Orat. pro Archia poetá*. En cuanto al estado de familia, se pregunta si alguno es padre ó hijo, ó no. Todas estas controversias se llaman acciones *prejudiciales*, porque las mas de

las veces se anticipan á otro juicio principal. Por ejemplo, un jóven pide la hacienda de Pedro como su hijo : los poseedores niegan que aquel es hijo legítimo ; por tanto ántes de sentenciarse, se ha de averiguar si es hijo legítimo : luego es una accion *prejudicial*. En nuestras leyes se mencionan especialmente dos acciones *prejudiciales* : 1.<sup>a</sup> *Causa sobre la libertad (liberalis causa)*. Por ella obra el dueño contra el siervo que se tiene por libre, para volverle á la servidumbre ; ó el que siendo libre vive en injusta servidumbre, contra el que se tiene por dueño, para que sea aquel declarado libre. Antiguamente no podia en uno ni en otro caso presentarse en juicio aquel de cuya libertad se disputaba, porque todavía era incierto si era siervo ó libre ; y el siervo no es persona para asistir al juicio. Por tanto aquel que como procurador intervenia en favor de la libertad, se llamaba *defensor (adsertor)*. Pero Justiniano quitó estos rodeos, *L. ún. C. De adsert. toll.* 2.<sup>a</sup> La accion de reconocer y alimentar la criatura se concedia á la mujer ó al mismo hijo contra el padre repudiante, para que reconociese al hijo y le sustentase. Pues sucedia frecuentemente que los maridos repudiaban á sus mujeres embarazadas, y en seguida negaban que los hijos nacidos despues del divorcio fuesen suyos. De aquí es que en este caso se reconocia el vientre, y si la mujer estaba embarazada, se la ponía en custodia, para que no se supusiese que el parto era adulterino ; y si nacia algun hijo entónces, tenia el marido repudiante que reconocerle y sustentarle. Es larga esta his-

toria, y se refiere mui bien en el *tit. ff. De agnoscendo partu, ventre aspiciendo*, y sigg.

§. MCXLV—MCXLVII. Concluimos el tratado de las acciones reales. Siguen las *personales*, que nacen del derecho á la cosa ó de la obligacion. Toda obligacion nace, ó inmediatamente de la equidad, ó de la lei, ó mediatamente de algun hecho obligatorio, lícito ó ilícito, §. 771 y sig. Por lo cual trataremos esta materia por este orden : consideraremos 1.<sup>o</sup> la naturaleza de las acciones personales, §. 4445-4447 ; 2.<sup>o</sup> las acciones personales que nacen inmediatamente de la equidad natural, §. 4448-4454 ; 3.<sup>o</sup> la accion que nace de la lei, §. 4455 ; 4.<sup>o</sup> las acciones que provienen de un hecho obligatorio lícito, §. 4460-4465, y 5.<sup>o</sup> las acciones que dimanen de un hecho obligatorio ilícito, §. 4466-4474. 1.<sup>o</sup> En cuanto á la *naturaleza* de estas acciones personales, advertimos, 1.<sup>o</sup> que todas se llaman *condiciones*, así como las reales *vindicaciones*, §. 45. *Inst. h. t.* : 2.<sup>o</sup> que todas nacen de la obligacion ó derecho á la cosa (*ad rem*) : 3.<sup>o</sup> que nunca se dan contra un tercer poseedor, (en lo que principalmente se diferencian de las acciones reales) sino contra los que negociaron con nosotros, *L. 25. pr. ff. De O. et. A.* Sin embargo se exceptúan algunas acciones escritas en la cosa, que si bien personales, se dan no obstante contra cualquiera poseedor ; en lo cual imitan las acciones reales. Su catálogo debe fijarse en la memoria, especialmente no siendo, como no es, prolijo. Estas son (a) por causa de miedo (*quod metus causa*), (b) la accion *pauliana* de

que se ha hablado poco hace; (c) para exhibir (*ad exhibendum*); y (d) para detener el agua y la lluvia (*aque et aque pluvie arcendæ*). 4º Las acciones personales son tambien ó civiles ó pretorias, §. 23. *Inst. h. t.* Esto en cuanto á la naturaleza de estas acciones en general.

§. MCXLVIII—MCLIV. IIº Llegamos ya á las especies de acciones personales, y desde luego á su primera clase, en la que contamos todas las que nacen inmediatamente de sola la *equidad natural*. Tales son 1º la *accion para exhibir*. Exhibir es presentar públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion, cuando queremos vindicar una cosa mueble, y no sabemos si es verdaderamente nuestra ó no. Por ejemplo, se me ha robado un libro; oigo que Pedro ha comprado uno, que segun se me describe, juzgo ser el mio; pero como no obstante no lo sé de cierto, y Pedro no quiere enseñármelo, puedo entablar la accion para exhibir. Obra pues para exhibir aquel, á quien por derecho le interesa la cosa, contra cualquier poseedor de la cosa que juzgo mia, (pues poco ántes vimos que es accion escrita en la cosa) para que exhiba la cosa, ó de no exhibirla satisfaga el daño, *L. 3. §. 4. L. 9. §. pen. L. 40. seq. Ad exhib.* De modo que por sola la equidad está obligado otro á exhibirme la cosa, es á saber, por la regla de que *estamos obligados á hacer lo que no nos perjudica, y aprovecha á otro*. 2º La accion de dar cuentas (*de edendo*), tiene lugar en las negociaciones con los banqueros que ejercen con autoridad pú-

blica el oficio de cambiar letras. Aquel pues que ha negociado con ellos, tiene contra los mismos ó sus herederos la accion de que le den cuentas ó paguen lo que interese, *L. 4. pr. L. 6. ff. De edend.* 3º Los *interdictos*. Porque ¿qué cosa mas justa que amparar á uno en la posesion, mientras no haga ver otro su derecho por los medios legales? Pero como luego hablaremos de los *interdictos* en un título particular, á saber, el tit. XV, no diremos aquí nada. 4º *Las restituciones en integro*. Movidó el pretor por la equidad, rescindia aquellos negocios que subsistian por derecho estricto y riguroso, hallando justa causa, y por esta razon concedia la restitucion *en integro*. Semejantes justas causas eran seis: 1ª la fuerza y miedo; 2ª el dolo; 3ª la menor edad; 4ª la ausencia por causa de la república; 5ª la privacion del derecho de ciudadano (*capitis diminutio*), y 6ª la enajenacion, á fin de mudar el juicio. No teniendo hoy dia especial uso las dos últimas, solo trataremos de las cuatro primeras. (a) La primera es la accion por causa de miedo. Si uno me quita algo por fuerza ó miedo, se ha de examinar, si el negocio es de buena fe ó de derecho estricto. Si el negocio es de buena fe, entónces es nulo *ipso jure*, porque nada es mas contrario á la buena fe que la fuerza y miedo, *L. 416. ff. De R. J.* Luego en este caso no es necesaria la restitucion *en integro*, porque ¿á qué rescindir lo que ya es nulo? Pero cuando el negocio es de derecho estricto, vale conforme á él, porque la voluntad forzada tambien es voluntad, *L. 21. §. 5. ff. Quod met. caus.* Mas el

pretor rescinde semejante negocio por la accion por causa de miedo, que compete á aquel, á quien se le ha sacado alguna cosa por fuerza ó miedo, contra qualquiera poseedor de ella, pues tambien esta accion es escrita en la cosa, para que la restituya, ó de lo contrario pague el cuádruplo, *L. 9. §. 8. L. 42. L. 14. §. 7. ff. eod.* Por lo demas esta accion se da en el cuádruplo solo dentro de un año (hoi dentro de cuatro años), y despues del año, solamente en el tanto (*in simplum*), *L. 14. §. 1. y sig. §. 11. ff. eod.* Noodt fué el primero que espuso brillantemente la doctrina de la diferencia de esta accion en los negocios de buena fe y de estricto derecho, *De form. emend. doli mali, c. 16. p. 382.* (b) La *accion de dolo malo* es necesaria, cuando uno ha sido perjudicado por dolo de otro. Pero tambien aquí ha de distinguirse, si el negocio es de buena fe, ó de derecho estricto. Si es de buena fe, da entóncees el dolo causa al contrato, ó es incidente. Si da causa, es nulo el contrato, y por tanto no hace falta la restitucion. Si es incidente, se enmienda el dolo por la accion de aquel contrato, *L. 7. pr. ff. De dolo malo.* Mas si el negocio es de derecho estricto, entóncees concede el pretor la accion de dolo, que compete al perjudicado, con tal que la lesion esceda de dos áureos, *L. 7. §. últ. ff. eod.*, contra el que causó el daño con dolo malo (no contra su heredero), para que restituya con todas sus partes la cosa perdida por dolo, ó en su defecto satisfaga quanto el actor juró en el pleito que valia, *L. 18. pr. ff. eod.* Esta accion dura dos años, *L. últ. C. eod.* (c) La

tercera accion, por la que socorre el pretor á los *menores* perjudicados, no tiene nombre particular, porque el pretor no nombra juez pedáneo en esta causa, sino que conoce de ella estraordinariamente, *L. 24. §. últ. De minor.*; pero se concede esta accion á los que han sido perjudicados en su menor edad, contra los que causaron el perjuicio, para que se rescinda el negocio y los menores reciban íntegro su derecho, *L. 42. L. 43. §. últ. L. 14. L. 24. §. 8. L. 28. ff. De minor.* Dura esta accion cuatro años, contados desde el tiempo en que hayan llegado á la mayor edad, *L. últ. C. De temp. in integr. restit.* (d) La *accion rescisoria* (por la que los ausentes por causa de la república, ó los que tienen justo miedo, son restituídos contra los presentes, ó los presentes contra cualesquiera ausentes) pertenece en verdad á las restituciones *en íntegro*; pero no es accion personal, sino real, de la que se ha tratado ya en su lugar, §. 4132. 5º La *condicion sin causa* se da al dueño de una cosa contra el que la posee sin justa causa, para que la restituya, *tit. ff. De condict. sine caus.* Tambien esta nace de sola la equidad, que no permite que otro posea mi cosa con daño mio. 6º La *accion pauliana*, por la que revocan los acreedores lo que se ha enajenado en fraude suyo. Pero de esta accion tratámos prolijamente en el §. 4441. Semejantes á ella son 7º la *accion favianiana* y la *calvisiana*, así llamadas de los pretóres que las introdujeron; las que se conceden al patrono, en cuyo fraude hizo enajenaciones el liberto, para que el patrono no hallase tan pingüe la

herencia, §. 412. 4. 5, contra cualquiera poseedor de las cosas enajenadas, para que las restituya, *L. 1. §. 44. 42. 26. ff. Si quid in fraud. patr.* La diferencia entre estas acciones es que la *faviana* tiene lugar, cuando el patrono murió con testamento, y la *calvisiana*, si el heredero lo es abintestato, *L. 1. §. 5. 6. L. 3. ff. eod.*

§. MCLV. III°. En la otra clase de acciones personales que inmediatamente nacen *de la lei*, solo ocurre una acción, á saber, *la condicción por la lei* (*condictio ex lege*), que tiene lugar, siempre que 4° una lei nueva introduce nueva obligación, y sin embargo 2° no designa cierta y especial acción, por la que se ha de reclamar aquel derecho, *L. ún ff. De cond. ex leg.* Así, por ejemplo, la donación es un pacto: los pactos no producen obligación; mas en la *L. 35. §. últ. C. De donat.*, se estableció que el donante que prometía dar algo, quedase absolutamente obligado á la entrega. Pero como en dicha *L. 35.* no se señala acción cierta, deberá el donatario entablar la acción ó condicción de la *L. 53. §. últ. C. De donat.*

§. MCLVI — MCLIX. III°. La tercera clase comprende las acciones personales que provienen de un *hecho licito*. El hecho obligatorio licito se llama convención: la convención es, ó pacto ó contrato; el contrato, ó verdadero ó cuasi contrato; el verdadero, ó nominado ó inominado; el nominado, ó real, ó verbal, ó literal, ó consensual. Examinaremos pues 1° las acciones de los pactos, §. 4156 - 4159.; 2° de los contratos verdaderos

nominados, §. 4160 - 4163.; 3° de los inominados, §. 4164; y 4° de los cuasi contratos, §. 4165.

1° Los pactos son simples ó calificados. Aquellos no producen entre los romanos ninguna obligación, sino solamente escepcion: en el dia obligan todos los pactos celebrados válidamente con ánimo deliberado. Por tanto tambien producen acción, que unos llaman *de lo estipulado*, y otros juzgan debe llamarse *condicción por la lei ó la costumbre*; pero poco nos importa saber su nombre. *Pactos calificados* son los que producen acción; y como les asiste la lei, el pretor, ó el contrato á que están unidos, los primeros se llaman pactos legítimos, los segundos pretorios, y los últimos pactos añadidos á los contratos (*pactu adjecta*). (a) De todos los pactos *legítimos* nace la *condicción por la lei*; mas de ella hablamos en el §. 4155. (b) Los pactos *pretorios* son tres: la hipoteca, la promesa de dinero (*constituta pecunia*), y el acto de deferir al juramento estrajudicial. De la *hipoteca*, ó derecho constituido en la prenda, nace la *acción cuasi serviana ó hipotecaria*; pero esta no pertenece aquí, porque es real. Hablamos de ella en el párrafo 4140. El *dinero prometido* es un pacto reiterado, por el que promete uno pagar por sí ó por otro. Porque pareciendo feo al pretor que repetidamente se faltase á la fe, por semejante pacto repetido concedía la *acción de la promesa de dinero* á quien se prometió el dinero, contra el prometedor ó su heredero, para que cumplierse lo prometido, §. 9. *Inst. h. t.* Últimamente, cuando se defería al juramento estrajudicial, nacia la ac-

cion en el hecho de juramento (*in factum de jurejurando*), que se concedía al que juraba, desliriendo otro á su juramento, que se le debía algo, contra el que deslirió á este juramento, para que pagase lo que el actor juraba que se le debía, §. 44. *Inst. h. t.* Y estas son las acciones de los pactos pretorios. (c) Los *pactos añadidos á los contratos de buena fe*. Estando estos agregados á los contratos, y considerándose como parte de ellos, producen la misma accion que los contratos á que están añadidos. De aquí es, por ejemplo, que si el pacto está unido á la *compra*, nacerá la accion de lo comprado (*empti*) si á la prenda, la accion *pignoratitia* etc. *L. 7. §. 5. ff. De pact.*

§. MCLX — MCLXIII. IIº Esto en cuanto á las acciones que provienen de los pactos. Siguen las que nacen de los verdaderos contratos. Pero aquí se nos permitirá ser mas breves, porque de todos se ha tratado ya arriba en sus títulos, y así solo formaremos su catálogo. Los contratos verdaderos son ó nominados, ó inominados, §. 779. Los *nominados*, ó reales, ó verbales, ó literales, ó consensuales, §. 796. (a) Los *reales* son cuatro; mutuo, comodato, depósito y prenda. Del *mutuo* nace la accion ó condicion cierta de mutuo (*certi ex mutuo*), de la que hablamos en el §. 796. Del *comodato* se da la accion de *comodato*, *directa* y *contraria*. De una y otra hablamos en el §. 803 y sig. Del *depósito* se da la accion de *depósito*, *directa* y *contraria*, las que describimos §. 814-817. De la *prenda* nace la accion *pignoratitia*, *directa* y *contraria*, cuya natu-

raleza espusimos en el §. 824 y sig. (b) Hoy dia no hai mas que un contrato *verbal*, la *estipulacion*, y la accion que de ella nace se llama *condiccion cierta* ó *incierta* de lo estipulado (*condictio certi vel incerti ex stipulatu*). De ella se ha hablado lo bastante en el §. 834 y sig. (c) El *literal* es tambien unico, á saber, cuando ha confesado uno en su recibo que debe algo. Entónces si el vale tiene mas de dos años, compete contra el que le firmó la *condiccion literal* del vale (*ex chirographo*), que esplicamos en el §. 894. 1. (d) Los contratos *consensuales* son cinco: compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato. En la *compra y venta* tiene el comprador la accion de lo comprado (*empti*), y el vendedor la accion de lo vendido (*venditi*); y ambas son *directas*. Las describimos en el §. 912 y sig. En la *locacion y conduccion* se da al locador la accion de lo dado en arriendo (*locati*), y al conductor la accion de lo tomado en arriendo (*conducti*), que tambien son *directas*; y hablamos de ellas de propósito en el §. 927 y sig. De la *enfitéusis* nace la accion *enfitéutica*, por ambas partes *directa*, de que se ha tratado en el §. 939. En la *sociedad* compete á los socios entre sí la accion de sociedad (*pro socio*), por ambas partes *directa*, cuya naturaleza hemos explicado en el §. 951 y sig. En el *mandato* se obra por la accion de *mandato*, y se concede al mandante la accion *directa*, y al mandatario la *contraria*. Acerca de una y otra, véase el §. 962 y sig.

§. MCLXIV. IIIº Llegamos á los contratos *inominados*.

*dos*, que son cuatro: *doi para que des*; *doi para que hagas*; *hago para que des*; *hago para que hagas*. De todos ellos nace una accion general, que se llama accion en el hecho ó por las palabras prescrites (*in factum ó præscriptis verbis*), ó porque no existia fórmula de esta accion en la tabla del pretor, y por tanto se habian de determinar las palabras por algun jurisconsulto, como conjetura Bern. Brisson. *De form. vet. rom. lib. V. p. 383.*, ó porque se habian de anteponer y fijar las palabras de la convencion, añadiéndoles la accion en el hecho (*in factum*), como de la *L. 1. fin. ff. De præscript. verbis*, colige Em. Merilio, *Obs. lib. VIII. c. 16*. Se da esta accion en el hecho ó por las palabras prescrites, á aquel que por su parte dió ó hizo algo, contra el que prometió dar ó hacer una cosa, para que cumpla el contrato, ó lo que importe, *L. 5. §. 1. De præscr. verb.*

§. MCLXV. IV.º Siguen los *cuasi contratos*; acerca de los cuales bastará atender al catálogo de las acciones, porque todas se han descrito ya arriba en sus lugares correspondientes. Los cuasi contratos son (a) la *agencia de negocios*, de la que nace la *accion de los negocios hechos* (*negotiorum gestorum*), *directa y contraria*, la que describimos en el §. 972 y sig. (b) La *tutela*, de donde nace la *accion de tutela*, *directa y contraria*, sobre la cual véase arriba el §. 976 y sig. (c) La *comunion de la herencia*; de donde se deriva la *accion de partir la herencia* (*familiæ ereiscundæ*), *mista y doble*, de la que se trató de propósito en el §. 982. (d) La

*comunion de cosas*, de donde nace la accion de *dividir lo comun* (*communi dividundo*), que esplicamos en el §. 983. (e) La *adicion de la herencia*, que produce la accion personal de *testamento*, descrita en el §. 986. (f) La *paga de lo indebido* (*indebiti solutio*), de la que proviene la *condiccion de lo indebido* (*condictio indebiti*), de la que se trató prolijamente en el §. 994. (g) *El recibimiento que hace el patron del barco, ventero ó mesonero de las cosas de los caminantes*, de donde nace la accion de *lo recibido* (*de recepto*) contra los patrones, venteros ó mesoneros, de que se ha tratado largamente en el §. 1121. *El cuidado de los funerales*. Pues si alguno satisfizo tales gastos ántes de adirse la herencia, propiamente no es mandato, porque nadie se lo encargó; ni agencia de los negocios, porque todavía no hai heredero, y no pueden administrarse los negocios del difunto. Sin embargo el pretor concede la *accion funeraria* al que hizo los gastos del entierro, contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenece el encargo de hacer las exequias, para que los restituya, *L. 44. L. 45. ff. De religiois*. Y esta accion es tan privilegiada, que es preferido el actor á todos los demas acreedores.

§. MCLXV — MCLXXI. V.º Resta la cuarta parte de acciones personales que nacen de *hecho ilícito* ó de *delito*, el cual es ó verdadero ó cuasi delito, §. 1034. Verdaderos son primeramente los cuatro delitos privados, á saber, el *hurto*, del que nace la *condiccion furtiva*, que es persecutoria de la cosa, y la accion del

*hurto* que se da para la pena. De aquella tratámos en el §. 4062., de esta en el §. 4063. (b) La *rapiña*, en la que puedo obrar por la accion de *hurto manifesto*, ó por la accion de *rapiña* (*vi bonorum raptorum*) descrita en el §. 4076 y sig. (c) El *daño causado con injuria*, que se vindica por la accion de la lei *aquilia*, que esplicámos en el §. 4087 y 4091. (d) La *injuria*, de donde nace la *accion de injurias* pretoria, y por la *lei cornelia*. En el §. 4402 y sig. se halla la naturaleza y diferencia de ambas. Tambien hai ademas algunos otros delitos, de que no se trata en las Instituciones sino en las Pandectas, como (e) la *alteracion de lo escrito* (*album corruptum*); pues si alguno rayaba, borraba ó alteraba el escrito del pretor, que se ponía públicamente en una tabla ó pared dada de blanco, en el que sijaba los edictos y fórmulas de las acciones, cualquiera del pueblo tenia la accion de *alteracion de lo escrito* (*de albo corrupto*) contra el que lo borraba ó alteraba, para que pagase 500 sueldos de oro, *L. 7. pr. ff. De jurid.*; por lo que esta accion era popular. (f) *El delito del que establecia en la magistratura algun derecho nuevo é injusto, ó del que lo obtenia del magistrado*. Contra aquel competia la accion en el hecho (*in factum*), por la que se usaba contra él del mismo derecho. Hé aquí el *derecho del talion*, que se explica elegantemente en la rúbrica *ff. : contra qualquiera ha de usarse del mismo derecho que él ha establecido respecto de otro*. (g) *El delito del que no obedecia al que administraba justicia*, esto es, del

que procuraba que no llegase el negocio á ejecucion, ó se oponia á esta abiertamente. Contra él se daba la accion en el hecho, para lo que interesaba, *L. ún. ff. Si quis jus dic.* (h) *El delito de los que eximian del juicio por fuerza á uno que estaba llamado á él*, los cuales eran reconvenidos por la accion en el hecho, en lo que el actor estimaba el asunto, *L. 5. § 1. ff. Ne quis eum qui in jus.* (i) *El delito del que dando algun aviso con dolo malo, hacia que alguno no siguiese el juicio*. Y contra este se daba la accion en el hecho, para que resarciese lo que se habia perdido, *L. 3. pr. ff. De eo, per quem factum erit.* (k) *La calumnia*, de cuyo delito son reos los que recibieron dinero para molestar á uno con un pleito calumnioso, ó para no molestarle. Contra estos se daba la accion en el hecho de calumniadores, dentro de un año en el cuádruplo, pasado aquel en el tanto, *L. 1. ff. De calumn.* (l) *El delito del que recibia algo para un fin torpe*. Pero aquí ha de distinguirse, pues si el que lo dió, interviene en el hecho impuro, nada recobra; si ambos tienen parte en él, tampoco puede repetirse lo que se ha dado, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee. Mas si la fealdad del hecho lo cometió solo el que recibió el dinero, compete al que se lo dió la *condicion por causa torpe* (*condictio ob turpem causam*), contra el que lo recibió, para que lo restituya. Véase el §. 992. (m) *El delito del que corrompió al siervo ajeno*. Dicese corromper, cuando se perverte su ánimo, persuadiéndole, por ejemplo, á la fuga

ó incitándole al robo. Contra él se concede al dueño la acción *del siervo corrompido* (*servi corrupti*), en el duplo de lo que se deterioró el siervo, §. 23. *Inst. h. t.* (n) *El delito del medidor* que fijó en los campos ó heredades límites falsos. Pues desempeñando los agrimensores una profesion média entre los eruditos y las gentes ignorantes, sus trabajos eran en algun modo liberales, y por tanto no les cuadraba la acción *de lo arrendado* (*locati*), que solamente se daba en las obras mecánicas. El pretor pues concedió la acción en el hecho, á fin de resarcir el daño que alguno hubiese sufrido, *L. 4. pr. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. ff. Si mens. fals. mod.* (o) *Las cosas que un cónyuge quita al otro*, de las que y de la acción de las cosas quitadas por uno de los cónyuges al otro (*rerum amotarum*), hemos hablado en el §. 4094. (p) *El delito de los tutores sospechosos*, cuya acción hemos explicado en un título particular, §. 302. (q) La acción *de distraer las cuentas* (*de distrahendis rationibus*), de que tambien se ha tratado en el §. 263. Estos son los delitos verdaderos. De todos los *cuasi delitos* nace una acción *en el hecho*, aunque tenga diversos nombres, así como la acción en el hecho *contra el juez que hace suyo el pleito*; la acción en el hecho *de lo derramado y arrojado*; la acción en el hecho *de lo que se pone y cuelga*; y la acción en el hecho *contra los patrones de barcos, mesoneros y venteros*; de todas las cuales hemos hablado con separacion en los §§. 4113.-4122.

§. MCLXXII—MCLXXIV. Concluimos la primera di-

vision de acciones, en personales ó reales. Siguese la segunda, conforme á la cual son las acciones, unas *persecutorias de la cosa*, otras *penales*, otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las que reclamamos lo que se nos debe ó falta á nuestro patrimonio, cuales son, 1º todas las acciones reales. 2º Todas las acciones que nacen de la equidad natural, de los pactos y contratos, esceptuando solo *la acción del depósito miserable*, la cual se concede en el duplo; y por tanto es juntamente penal, cuando el depositario niega el depósito dolosamente, §. 812. 3º De los delitos nacen dos acciones puramente persecutorias de la cosa, á saber, *la condicion furtiva*, de la que se habló en el §. 4062, y la acción de cosas quitadas por un cónyuge al otro (*rerum amotarum*), §. 4044. *Penales* son aquellas, por las que pedimos solamente una pena. Estas son pocas, y únicamente nacen de los delitos. Á ellas pertenece en primer lugar la acción de hurto, §. 4063; las acciones de injurias, §. 4102 y sig; la acción de alteracion de lo escrito (*de albo corrupto*), §. 4168; la acción de lo que se pone y cuelga (*de posito et suspensio*), §. 4118; y últimamente la acción de lo derramado y arrojado (*de effusis et ejectis*), si ha sido muerto un hombre libre, §. 4115. *Mistas* son aquellas por las que reclamamos lo que nos falta, y juntamente una pena. Tales son, 1º la acción del depósito miserable, por la que, consiguiendo el cuádruplo, se nos entrega la cosa y se impone la pena, §. 812; 2º la acción de los legados dejados á lugares santos, ó como vulgarmente se

dice, piadosos (*ad pias causas*). Pues si el heredero niega que debe este legado, ó es moroso y no lo paga á debido tiempo, es condenado en el duplo; lo que contiene el legado y la pena, §. 49. *Inst. h. t.* 3º Todas las demas acciones nacen de los delitos y cuasi delitos, de que hemos tratado de propósito en el §. 4466 y sig. No obstante entre estas acciones hai algunas diferencias notables, pues 1º las acciones persecutorias de la cosa siempre son perpetuas, esto es, duran 30 años, ó al ménos largo tiempo, si son reales. Las penales y mistas duran perpetuamente, si son civiles; mas si nacen del edicto del pretor, ordinariamente espiran al año. 2º Las acciones persecutorias de la cosa se dan á los herederos y contra los herederos; las penales y mistas no se conceden contra los herederos, y aún si se dirigen solamente á la venganza, tampoco usan de ellas los herederos. 3º Las acciones persecutorias de la cosa no infaman ordinariamente aunque intervenga dolo, *L. 36 ff. De O. et A.*, esceptuándose los cuatro contratos famosos, cuyas acciones producen infamia, *tutela, depósito, sociedad y mandato*, § 785. Mas de las penales y mistas la mayor parte infaman.

§. MCLXXV—MCLXXX. Ahora corresponde la tercera division de las acciones, segun la cual unas se dan en el tanto, otras en el duplo, otras en el triplo, otras en el cuádruplo, §. 21. *Inst. h. t.*, pues por la jurisprudencia romana nunca pasan las penas pecuniarias de esta cantidad. Sucede á veces en verdad, que se venden todos los bienes y se aplican al fisco, como en el crimen

de Estado ó de lesa majestad; pero aquí no hablamos de los juicios públicos, sino de las acciones privadas, respecto de las que es verdadera la regla fijada. 1º Se conceden en el tanto (a) todas las acciones persecutorias de la cosa, porque por ellas no trato de lucrar, sino de evitar un daño, y por tanto debo contentarme con el valor. Qué acciones sean persecutorias de la cosa, lo dijimos en el §. 4473. (b) Algunas penales mistas anuas, que dentro de un año se conceden en el cuádruplo ó duplo, y pasado este tiempo en el tanto. Tales dijimos arriba que eran la accion de rapiña, §. 4076 y sig., la accion por causa de miedo, § 4451., y la accion de los calumniadores, § 4469. 2º *Las acciones en el duplo* son de dos maneras, pues ó puedo pedir desde un principio el duplo, ó lo pido despues, porque se oculta la verdad, ó por la tardanza; en cuyo último caso se dice que crece la demanda por la no confesion del reo ó por su tardanza. Del primer género son las acciones de hurto no manifesto, §. 4058., del siervo corrompido, § 4469. 8., de distraer las cuentas, § 263., y otras semejantes. Del segundo género son la accion de la lei aquilia, §. 4093., y la accion de los legados dejados á lugares santos, §. 4474. 3º El Derecho Justiniano hace mencion de una accion en el triplo, que hoi dia no tiene ningun uso; la cual se concedia contra el que estimaba en mas de lo justo el proceso, con el fin de que los procuradores ó ejecutores del pleito exigiesen mayor cantidad con el nombre de adehalas ú otro, §. 24. *Inst. h. t.* Pero no cobrándose en el dia las cos-

tas del pleito á prorata del valor que contiene el proceso, sino con arreglo á la equidad, no puede tener ningun uso esta accion. 4º Tambien en el *cuádruplo* se dan algunas acciones desde el principio, y otras despues de resultas de la contumazia. Tenemos ejemplos del primer género en la accion de hurto manifiesto, §. 1058., la de rapiña, §. 1076., y la de los calumniadores, §. 1169. Es ejemplo del último género la accion por causa de miedo, que al principio solo se dirige á que el juez mande restituir la cosa quitada por fuerza ó miedo; mas si el reo no obedece á esta disposicion del juez, es condenado por la contumazia en el *cuádruplo*, §. 1151. Pero toda esta division no es en el día de grande uso, 1º porque en la mayor parte de los países determina la legislacion la cantidad cierta de las penas pecuniarias; y en parte 2º porque segun la costumbre de nuestras legislaciones, rara vez se adjudica la pena al actor, sino que comunmente la percibe el fisco.

§. MCLXXXI—MCXCI. Sigue la cuarta division de las acciones. Unas son *de buena fe*, otras *de derecho estricto*, y otras *arbitrarias* (1). Por tanto examinaremos aqui 1º el origen de esta diferencia, §. 1181-1184; 2º qué sean estas acciones, §. 1185.; 3º cuáles son las de buena fe, de derecho estricto y las arbitrarias, §. 1186-1189; 4º cómo se diferencian en el efecto, §. 1190 y 1191; y 5º á las que, á ejemplo de Justiniano, añadire-

(1) Están tambien adoptadas en España las acciones arbitrarias en la *lei 23. tit. 4. Part. 3.*, tomadas en un todo del Derecho romano.

mos un apéndice de la peticion de mas de lo que se debe, §. 1192-1196. 1º *El origen de esta diferencia* se ha de buscar en el antiguo modo de litigar. Los magistrados romanos no dirigian por sí mismos todo el pleito, sino que hecha la citacion, se espresaba con cierta fórmula la obligacion de presentarse á su tribunal; es decir, que afianzaba el reo presentarse de nuevo al segundo día. Luego que este llegaba, el pregonero en voz alta citaba al reo presente, contra el cual entablaba el actor la accion con una breve fórmula, por ejemplo: *digo que me debes ciento por mutuo*. Tambien el reo oponia su escepcion con una breve fórmula, por ejemplo: *y yo lo niego, porque en virtud del senadoconsulto macedoniano no queda obligado el hijo de familia*. El actor replicaba: *digo, que siendo de tu derecho (tui juris) has renunciado á esta escepcion*. El reo contestaba segunda vez: *niego que haya renunciado*. Así entendia el pretor al momento los derechos de las partes y el punto de la cuestion. Consistiendo pues la dificultad de la disputa en saber, si el reo habia renunciado el senadoconsulto macedoniano, siendo ya de su derecho, y siendo esta cuestion de hecho, no restaba sino averiguar la verdad de este hecho. Mas esto no lo hacia el pretor por sí mismo, sino que comisionaba á algun jurisperito quo oyese los testigos y diese su parecer. Este jurisperito en los negocios de derecho estricto se llamaba *juez*, y en los de buena fe y arbitrarios *arbitro*. Mas en nuestra jurisprudencia se llaman indistintamente *jueces pe'laneos*, porque no adminis-

traban justicia en los tribunales como el pretor, sino en sillas puestas debajo del tribunal del pretor, y por tanto colocados en cierto modo á sus piés. Trataron eruditamente de este asunto los doctísimos triunviros, Franc. Poléto en la *Historia del foro romano*, Gerh. Noodt en el opúsculo *De la jurisdicción, lib. 1. c. 3. y sig.* y Cristóval Celario, *Del orden de los juicios romanos*. Mas para que no sentenciasen á su arbitrio los jueces, el pretor les prescribía la fórmula, la cual era de tres maneras; pues ó espresaba la suma en que habia de ser condenado el reo, por ejemplo: *si aparece (por la prueba) que Ticio debe á Mevio ciento, y que Mevio ha renunciado al senadoconsulto macedoniano, condénale en ciento*. Si se hacia esto, se llamaba la accion *de derecho estricto*; y entónces estaba el juez tan ligado á la fórmula, que no podia condenar en mas de ciento, ni agregar intereses, frutos ni gastos. Ó el pretor no espresaba en la fórmula la suma, sino que dejaba al juez la facultad de juzgar con arreglo á equidad (*ex æquo et bono*); y entónces era la fórmula: *Si aparece que Ticio debe á Mevio por compra, condénale en lo justo conforme á la buena fe (ex fide boná)*. En la accion de las cosas de la mujer, en lugar de las palabras *conforme á la buena fe (ex fide boná)*, se usaba de la fórmula, *en lo que sea mas justo (quantum æquius melius)*; en el antiguo contrato de confianza (*fiducie*) §. 495., se usaban las palabras *como suele tratarse entre hombres de bien (ut inter bonos benè agere oportet)*. Y si se ponía semejante fórmula, se denomi-

naba contrato *de buena fe*; y entónces podia el juez imponer ademas de a suma debida otras cosas, como intereses, frutos, la estimacion, los daños etc. Ó últimamente el pretor fijaba en su fórmula dos casos, mandando por el primero al juez que condenase al reo á que restituyera la cosa; y si era contumaz el reo, y no queria restituirla, daba facultad al juez de condenarle en mas. La fórmula entónces era ésta: *Si aparece que Ticio quitó á Mevio por fuerza y miedo ciento, mandale que los restituya. Si no los restituye por tu mandato, condénale en el cuádruplo*. Entónces se llamaba la accion *arbitraria*, porque el juez podia señalar cuánto debia restituirse, y en seguida si el reo no obedecia á su fallo, podia condenarle en mas; á la verdad no siempre en el cuádruplo, sino á veces en lo que habia jurado el actor en el pleito. Por tanto el origen de todas estas diferencias entre las acciones ha de traerse de las diversas fórmulas, de que usaba el pretor al nombrar el juez pedáneo ó árbitro. II<sup>o</sup> Ahora pues fácilmente se manifiesta tambien qué sean estas acciones. Esto lo enseñarán las definiciones. La *accion de derecho estricto* es aquella en que la potestad del juez de tal manera está sujeta á la fórmula, ó en el día á la convencion de las partes, que no puede señalar mas que cierta y espresa cantidad, L. 99. *De V. O. Accion de buena fe* es aquella en que se permite al juez ó al árbitro, que con arreglo á equidad estime cuánto debe satisfacer el uno al otro, §. 30. *Inst. h. t. Accion arbitraria* es aquella en que el juez ó el árbitro estimaba

primero cuánto debía restituirse; mas si no obedecía el reo, le condenaba en mas por la contumacia; por ejemplo, en el cuádruplo, ó en cuanto jurase el actor en el pleito, Teófil. *Paraph.* §. 31. *Inst. h. t.* IIIº Mas se pregunta por último, ¿qué acciones eran de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias? ¿Estaba en el arbitrio del pretor prescribir la primera, la segunda ó la tercera fórmula á su voluntad? De ningun modo, sino que observaba ciertas reglas. 1º *Siempre que la accion nace de negocio unilateral, es de derecho estricto.* De aquí facilmente se infiere por qué son de derecho estricto las acciones *de mutuo, de lo estipulado, del vale, de lo indebido, del testamento*, pues ninguno de estos negocios tiene mutuas obligaciones y prestaciones, sino que todas son unilaterales. 2º *Siempre que nace la accion de negocio bilateral, en que son mutuas las obligaciones, es la accion de buena fe.* Justiniano formó con esmero un largo catálogo de estas acciones, §. 28. *Inst. h. t.*, que repetimos en el § 4165., supliéndolo con una accion, á saber, la *funeraria*, la cual no se ha omitido en este catálogo, sino que se comprende bajo la accion de los negocios hechos. Ahora bien, cualquiera que examine aquel catálogo, advertirá que todos los negocios de que nacen aquellas acciones, son bilaterales. 3º Acerca de las arbitrarias no hai regla cierta; pero son pocas, y han de considerarse como escepciones de la regla. Son ocho: (a) todas las acciones reales, excepto la peticion de la herencia; (b) la accion por causa de miedo, §. 4151.; (c) la accion *de dolo*, §. 4152.

4.; (d) la accion á exhibir, §. 4148.; (e) la accion de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*); por la que obra aquel á quien se prometió pagar en cierto lugar, contra el que no paga en el lugar prometido, para que pague lo que interese; (f) la accion *redibitoria*, §. 4163.; (g) la accion de los límites comunes (*finium regundorum*); por la que aquel que posee un fundo confinante con otro, obra contra el dueño de este, para que se restablezcan los límites de ambos; y últimamente (h) la accion *saviana* y *calvisiana*, de que se ha tratado arriba, §. 4154.

Resta una accion *de lo estipulado de la dote*, introducida por Justiniano, *L. ún. C. De rei uxor. act.* §. 29. *Inst. h. t.*, la cual es de naturaleza mui singular. Antiguamente acabado el matrimonio, ó por muerte, ó por divorcio, tenia la mujer accion dotal (*rei uxoriæ*) contra el marido ó su heredero, para repetir la dote, la donacion por causa de bodas (*propter nuptias*), y conseguir lo demas que se debía á la mujer por los pactos dotales. Esta accion era de buena fe, y además tan privilegiada, que era preferida la mujer de mandante á todos los demas acreedores. Pero Justiniano, sin que se sepa la causa, lo alteró esto sin necesidad, y abolida aquella accion, quiso que en este caso tuviese la mujer la accion *de lo estipulado por la dote*, y que esta accion tuviese todas las calidades de la accion dotal. De allí provino que esta accion de lo estipulado por dote es un monstruo formado de mil contradicciones, pues 4º por una parte la accion de lo estipulado

es de derecho estricto, porque se concede en un negocio unilateral, §. 1187; y esta es de buena fe, y nace de un negocio bilateral, á saber, de los pactos dotales. 2º La accion de lo estipulado proviene solamente de la estipulacion hecha con palabras solemnes, §. 829, y esta dimana de los pactos dotales, aunque no estén afirmados con la estipulacion. 3º En los demas casos, siendo la accion de lo estipulado de derecho estricto, no goza de ningun privilegio; esta es privilegiada, y la mujer tiene el derecho de preferencia. ¿Qué bien resultó pues á la república de abolir una accion, y sustituir otra mas incómoda y poco conforme al negocio? No hai otra respuesta que dar, sino que así lo quiso el sacratísimo emperador Flavio Justiniano.

Ahora preguntaremos ¿en qué se diferencian las acciones de buena fe, las de derecho estricto y las arbitrarias? Resp. 1º Las arbitrarias, como dijimos, se diferencian de las demas, en que en las otras acciones de buena fe y de derecho estricto se hace la condenacion simplemente; no así en estas, si no se obedece el fallo del juez. 2º Las acciones de buena fe y de derecho estricto se diferencian (a) en que en estas el dolo y miedo producen restitution en el todo; en aquellas el dolo hace nulo el negocio por la misma lei. (b) En que en estas no se deben los intereses, si no se han prometido; en aquellas se deben aún no prometidos, ó por sola la morosidad. (c) En que en estas los pactos unidos á los contratos solo producen escepcion; en aquellas subsisten estos pactos por la misma lei, y producen la accion

del contrato á que se agregan. Existen ademas algunas otras diferencias, pero mas sutiles, y en el dia muy raras, por lo que no nos detenemos en ellas.

§. MCXCII - MCXCVI. Resta un apéndice de esta cuarta division de acciones, que á ejemplo de Justiniano añadimos á este tratado, á saber, *cuando se pide mas de lo debido (de pluris petitione)*. Y aquí debe observarse, 1º que el actor debe pedir, si es posible, una suma determinada. No basta pues decir que Pedro me debe mucho, sino que es preciso espresar la cantidad, por ejemplo, Pedro me debe 600, pues de otro modo no puede el juez dar sentencia cierta; lo que sin embargo debe hacerse, §. 32. *Inst. h. t.* Y digo, *si es posible*, pues en algunas acciones no puede hacerse: por ejemplo, en las acciones hereditarias y otras universales. Aquí pide el heredero la herencia, aunque no sepa exactamente su cantidad, porque despues aparece del inventario á cuánto asciende. 2º Ha de tenerse presente, que antiguamente era esto de derecho estricto, y que se desechaba la demanda del que pedia un maravedí mas de lo que se le debía, §. 34. *Inst. h. t.* Pedia se mas, ó en la *cosa*, si se pedia mayor cantidad, por ejemplo, 500 florines en lugar de 400; ó en el *tiempo*, si se pedia mas pronto y ántes del dia en que se debía, por ejemplo, si pedia 100 en este dia, debiendo pagarse un año despues; ó en el *lugar*, si se pide en otro, y mas incómodo que aquel en que debía pagarse segun el contrato; por ejemplo, si estando en Madrid el deudor, y habiendo ofrecido pagar en Cádiz, se pidiese

en Pamplona; ó en el *título*, si se pide puramente lo que se debe bajo condicion; si precisamente se pide el siervo Estico, habiéndose prometido alternativamente á Estico ó á Dromon; si se pide una especie, por ejemplo, las obras de Cujacio, habiéndose prometido un género, á saber, un libro, §. 33. *Inst. h. t.*: por todos estos casos pues se perdía el derecho en la jurisprudencia antigua (1). 3º Ha de notarse que pareciendo esto algo duro á Zenon, prohibió por la *L. 12. C. De plur. pet.*, que ninguno perdiere su derecho por pedir mas de lo que se le debía, sino que solamente se le impusiese una pena. Á saber, (a) si uno pedía mas en el tiempo ó mas pronto de lo justo, era la pena que se duplicase aquel; por ejemplo, si uno debía para dentro de un año, y el acreedor lo pedía un año ántes, tenia que aguardar dos años; pero no por eso perdía su derecho. (b) Si pedía mas en el lugar, se establecía que convenido por la accion de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*), pagase de ménos cuanto le interesara pagarlo en lugar determinado. (c) Si alguno pedía mas en la cosa ó título, era condenado por la constitucion de Justiniano en el tripló de lo que había

(1) Segun la *L. 45. tit. 2. Part. 3.*, el que pide mas por razon del lugar ó de la causa, debe pagar el trestanto de todos los daños y perjuicios que ha causado con su demanda: segun la *L. 49. tit. últ. d. Part.*, el que pide mas en la cosa y en el tiempo, debe pagar las costas del pleito. La disposicion de la *L. 45.* no se aplica en el día, y solo se condena al actor á pagar las costas.

pedido de mas. Así lo había establecido el emperador Zenon. Pero 4º ha de advertirse que en el día no es tan peligrosa la peticion de mas de lo debido, con tal que se enmiende la demanda ántes de la sentencia. *Enmendar* la demanda es corregir alguna circunstancia en ella puesta, y haciendo esto el actor hasta la sentencia, queda impune, como dije. Al contrario, no se permite tan impunemente *mudar* la demanda, esto es, mudar todo el género de la accion, y, por ejemplo, sustituir la accion de lo estipulado en lugar de la de mutuo. Puede hacerlo el actor ántes de la contestacion del pleito; mas despues de contestado no sería admitida la demanda, á no satisfacer el actor al reo todos los gastos del pleito, de lo cual tratan latamente los pragmáticos.

§. MCXCVII — MCCIII. Resta la quinta y mas fácil division de las acciones, de que se trata en este título; á saber, por unas acciones conseguimos el *todo*, por otras *ménos que el todo*, §. 36. *Inst. h. t.* Conseguimos el todo ó la cosa por entero ordinariamente por todas las acciones, ya reales, ya personales, y esta es la regla. Pero hai ciertos casos, en que conseguimos ménos que el todo, y estos pertenecen á las escepciones de la regla. Basta por tanto tener astas escepciones en la memoria.

1º El primer caso es en la accion del *peculio*. Tiene lugar esta, si el hijo de familia ó siervo ha negociado con el *peculio profecticio*. Si entónces contrajo deudas, etablan los acreedores accion contra el padre ó dueño,

para que paguen cuanto alcance el peculio. Si pues en el peculio no hai tanto como lo que se debe, entónces consiguen los acreedores ménos que el todo. Pero de esta accion hablaremos en el título siguiente, §. 4219.

2º El otro caso es en la *compensacion*. Compensacion es la union del crédito y débito del mutuo. De aquí es que se considera como paga, y destruye la obligacion, al ménos hasta la suma concurrente. Supongamos que Pedro obra contra Juan, porque le debía mil, y que Juan prueba que Pedro le debía á él 600; entónces será compensada esta suma, y por tanto á Pedro se le adjudicaran solamente 400, es decir, ménos que el todo, §. *pen. Inst. h. t.*

3º El tercer caso es el *beneficio de competencia*, que es un privilegio personal, por el cual el que goza de él, no puede ser condenado sino en lo que puede, es decir, quo no se le deje conocidamente miserable. De este privilegio gozan algunos (a) por estrecha relacion, á saber, (a) los parientes hasta el segundo grado, los padres, hijos y hermanos; (b) los afines en primer grado, como el suegro y yerno, y tambien (c) los patronos que están en lugar de padres respecto de los libertos, §. 411; (d) los cónyuges y socios, que se consideran como hermanos, §. 942. *L. 63. pr. ff. Pro soc.* (b) Algunos tienen este privilegio por la milicia, á saber, los militares, *L. 7. L. 48. ff. De re judic.*, que malamente se estiende á los nobles, abogados, clérigos y doctores, porque los privilegios no admiten interpretacion estensiva, §. 60. (c) Por beneficio gozan de este

privilegio los donantes, si son reconvenidos por su donacion ó liberalidad, *L. 49. §. 4. L. 49. L. 50. ff. De re jud.*; cuyo privilegio sabemos por la *ley 28. De reg. jur.* que concedió D. Pio á los donantes. (d) Últimamente se concede á algunos este privilegio por calamidad; á saber, (a) á los desheredados; (b) á los que rehusaren la herencia paterna; y (c) á los que hicieren cesion de bienes, esto es, que no teniendo con que pagar por varias desgracias sin culpa cuya, hacen dejacion á los acreedores de todos sus bienes; lo que en nuestra legislacion se llama *beneficio lastimero y auxilio lamentable* (*flebile beneficium et lamentabile adjutorium*). Á todos estos pues, por cualquier contrato que sean reconvenidos, ha de dejárseles lo bastante, para que no queden en extrema necesidad, esto es, tienen el beneficio de competencia. Podrá oponerse que los desheredados son indignos de este beneficio, porque no se hace la desheredacion sino por ingratitud enorme, §. 529; y ademas que tampoco parecen dignos de este privilegio los que renuncian la herencia paterna, debiendo imputarse á sí mismos lo que han hecho. Pero respondemos, en cuanto á los desheredados, que es esto muy cierto, desde que Justiniano estableció en la *Nov. 443.* por lei pública, que no se hiciese la desheredacion sino por causas de ingratitud. Pero desheredando antiguamente los padres á sus hijos por su antojo, aun estando inocentes, §. 520, en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. En cuanto á los que renunciaban la herencia paterna, es evidente que no serian tan

necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de commiseracion el hijo.

### TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE  
POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluído el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen *de un hecho nuestro*, ó *de un hecho ajeno*, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, título VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, título IX. En este título pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, y el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este título, son de cuantidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la *accion de peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condiccion del mutuo de peculio; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de peculio; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de peculio. Luego *de peculio* es solo una cuantidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este título.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse

necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de commiseracion el hijo.

### TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE  
POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluído el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen *de un hecho nuestro*, ó *de un hecho ajeno*, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, título VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, título IX. En este título pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, y el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este título, son de cuantidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la *accion de peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condiccion del mutuo de peculio; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de peculio; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de peculio. Luego *de peculio* es solo una cuantidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este título.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse

otra razon mas inmediata. Esta es de cuatro maneras : 1.<sup>o</sup> si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo : 2.<sup>o</sup> si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio : 3.<sup>o</sup> si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo, con el fin de que negocien con él : 4.<sup>o</sup> si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este título, cuyas partes son seis. Se trata pues, 1.<sup>o</sup> de la accion *de lo ordenado* (*quod jussu*) §. 1181 y sig.; 2.<sup>o</sup> de la accion *perteneciente al patron de barco y factor de comercio* (*exercitoria é institoria*), §. 1183-1189.; 3.<sup>o</sup> de la accion *tributoria*, §. 1190-1192.; 4.<sup>o</sup> de la accion *de peculio*, §. 1193. y sig.; 5.<sup>o</sup> de la accion *de lo que se ha invertido en la cosa* (*de in rem verso*), §. 1195 y sig.; y 6.<sup>o</sup> del *senadoconsulto macedoniano*, §. 1197-1201.

§. MCCVII y MCCVIII. 1.<sup>o</sup> La primera accion es *de lo ordenado*, que se llama así de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La órden (*jussum*) se diferencia del mandato, pues este es un contrato que requiere el consentimiento de dos; y no siendo el padre y el hijo, y el dueño y el siervo dos personas, sino una sola, no puede tener lugar el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos, ó los dueños á los siervos. Ahora, como si el padre manda al hijo contraer, ó el dueño al siervo negociar, es lo mismo que si contrajese el padre ó negociase el dueño, el pretor da por esta razon la accion

de lo ordenado. La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por órden del padre ó dueño contra el padre ó dueño que dió la órden, ó contra sus herederos, para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar, §. 1. *Inst. h. t.*

§. MCCIX — MCCXV. II.<sup>o</sup> y III.<sup>o</sup> Siguen las acciones *exercitoria é institoria*, á cuya inteligencia ayuda el explicar ántes algunas palabras. Llámase armador (*exercitor*) aquel que arma una nave, propia ó fletada á su riesgo, y la echa al mar, de modo que son de su cuenta los gastos diarios, y le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este armador da el mando de la nave, para que dirija la negociacion marítima, ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave, se llama en nuestro Derecho *capitan ó patron del buque* (*magister navis*), ya sea padre de familias, ya sea hijo de familias, bien libre ó siervo, propio ó ajeno, menor ó de mayor edad, L. 4. §. 3. 4. 5. ff. *De exerc. act.* Aquel á quien el comerciante encarga su tienda de comercio, para que á nombre suyo dirija los negocios mercantiles, se llama *factor de comercio* (*institor*), del vocablo latino *instare*, que significa ejercitarse en el comercio, negociar. Véase á Nosio, *Etymol. v. Institor*. Ni importa que sea padre de familias, ó hijo de familias, siervo ó libre, propio ó ajeno, menor de edad ó mayor, L. 48. ff. *De inst. act.* Últimamente las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor, y que deben observar negociando, se llaman *condiciones ó instrucciones* (*lex prepositionis*). Si, por

ejemplo, un comerciante de Amsterdan, que envia á España una nave, la encarga al cuidado de un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este: por Derecho civil no tienen los españoles ninguna accion contra el comerciante de Amsterdan, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor, siguiendo la equidad, les concedia la *exercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave segun las instrucciones del armador, contra este; ó si los armadores son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), para que cumplan el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria*. Aquel pues que contrajo con el factor encargado del almacén, con tal que contrajese segun las condiciones de su comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion; ó si son muchos contra cada uno de ellos en el todo, ó contra sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el factor, §. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 4.º Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitan ó factor, ó contra el dueño del buque ó comerciante, pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante los que quieren obrar contra el patron del buque ó factor, deben hacerlo, mientras aquellos ejerzan todavía el cargo, pues concluido este, no pueden ser ya reconvenidos, *L. ult. ff. De*

*inst. act.*, porque entregadas las cuentas y los instrumentos, no podrian ya defenderse. 2.º Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitan ó factor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y así aquellos pueden obrar contra estos, mas no estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas, *L. 4. L. 2. ff. De inst. act.* 3.º No se conceden estas acciones por delito del patron ó del factor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los encargantes solo quedan obligados segun las instrucciones de la comision.

§. MCCXVI — MCCXVIII. IV.º Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias, negociando con el peculio profecticio, contraia deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este pues obligado á distribuir á prorata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere*, distribuir. Sucedia muchas vezes que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de ménos; en cuyo caso se concedia la accion *tributoria* á los acreedores, á quienes se habian distribuido mal las rentas peculiares, del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX y MCCXX. V.º La quinta es la accion *de peculio*. Llábase peculio todo lo que el hijo de fami-

lias ó siervo tienen separado del haber del padre, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose en *militar* y *pagano*, aquel en *castrense* y *cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profecticio* y *adventicio*, aquí solamente se habla del *profecticio*, esto es, del que se separa para el hijo de las cosas paternas. Si pues el padre da algun peculio al hijo, ó el dueño al siervo, para que negocien con él, y el hijo de familias contrae deudas, entónces todos los acreedores, á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo, tienen la acción de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Están de consiguiente obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hai poco ó nada, tambien pagan poco ó nada. De donde se manifiesta fácilmente, por qué arriba en el párrafo 4197. numerámos esta acción entre aquellas, por las que conseguimos ménos que el todo.

§. MCCXXI y MCCXXII. VIª La última acción, perteneciente á este lugar, es la *de lo invertido en la cosa (de in rem verso)*. *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno; esto tiene lugar, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo; pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño, ya tomasen la cosa por contrato, por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economize su dinero, por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en

obsequiar á los huéspedes, ó pagar á los maestros de los colegios, etc. Siendo entónces injusto que uno se haga rico en daño de otro, movido el pretor por la equidad, concede la acción de lo invertido en la cosa que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta acción en el todo, si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta: cuya acción es claro ser en el dia de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII — MCCXXVII. En lugar de apéndice se añade la doctrina del *senadoconsulto macedoniano*, no porque de él nazca acción alguna, sino porque produce la escepcion con que pueden eludir el padre y el hijo la acción que contra ellos entabla el acreedor. Para tratar con orden esta utilísima materia, examinaremos (a) el origen de este *senadoconsulto*; (b) lo establecido por él; (c) qué axiomas han de observarse acerca de él; y (d) qué derechos nacen de él.

I. Sobre el origen del *senadoconsulto* disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *Annal. lib. XI. XII.* Aquel lo refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio; mas puede conciliarse esto, pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano lo propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio; y así lo conjetura el P. Fabro, *Semestr. lib. 4. c. 25.* Pero aún es mayor la

divergencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al senadoconsulto. El comun sentir, que propuse tambien en el §. 4223., es que existia un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidisimas : sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo el hijo que las usuras crecian tanto, que absorbian casi todo el patrimonio, dió veneno al padre; por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr. §. 7. Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Macedon, sino el hijo de familias. Ha habido un clamor general contra Teófilo por haberse explicado así, y no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto, en la *L. 4. ff.*

*De senatusconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice el senado : *Quum inter cæteras causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisse!*, etc. No se dicen deudas (*æs alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *L. 213. §. 4. ff. De V. S.* : luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos : *Et quum sæpe materiam peccandi malis moribus præstare!*, *qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus, etc.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este,

ninguna accion, ni contra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tengan el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano, para eludir la accion. La misma disposicion tenemos en la *L. 4. pr. ff. de SC. maced.*

3. De aqui entenderemos fácilmente los tres axiomas que propusimos en el §. 4224. (a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre, pues el hijo que, sin saberlo el padre ó contra su voluntad, contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga, si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. (b) Este senadoconsulto concede escepcion, si no se ha pagado, no accion; pues si se paga, ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. (c) El senadoconsulto tiene lugar en el mutuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aún en todo mutuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino ú otras cosas fungibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos qué conclusiones nacen de aquí : (a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo, *L. 29. C. De pact. L. 40. ff. De cond. ind.*, esto es, viviendo el padre, pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente, pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor. (c) Que cesa la escepcion por

parte del padre, si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. De SC. maced.*, porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (*d*) Que el hijo no tiene esta escepcion, si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 1. §. 2. ff. eod.*, pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (*e*) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias, *L. 1. C. eod.*, pues las leyes jamas favorecen el dolo. (*f*) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada, porque ciertamente si el pueblo del deudor no está muy distante del lugar del contrato, apenas es probable que pueda ignorar el acreedor su condicion. (*g*) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. De SC. maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hai una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias; y ya vimos en la conclusion próxima anterior, que excusa la ignorancia. (*b*) Produciendo este senadoconsulto, segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de ahí, (*h*) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion de lo indebido, si pagan, *L. 10. ff. De cond. ind.*

*L. 10. ff. De SC. maced.* La razon es clara, pues (*a*) la condicion de lo indebido no tiene lugar, si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4., y claro está que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. Ademas (*b*) hai lugar á la condicion de lo indebido, cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas al padre y al hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (*c*) Últimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mutuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de ahí, (*i*) que no puede oponerse esta escepcion, si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legitimo, *L. 7. §. 43. ff. De SC. maced.*, pues entónces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (*j*) Ni tiene lugar la escepcion, si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto, *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la lei, *L. 30. ff. De LL. L. 6. §. 4. ff. De V. S.*; y lo que se hace contra las leyes, es nulo, *L. 5. C. de LL.*

## TÍTULO VIII.

## DE LAS ACCIONES NOXALES.

§. MCCXXVIII — MCCXXXII. Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos : siguen las acciones que dimanen de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, si causaban daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el día, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 1º la naturaleza de las acciones noxales, §. 1228 y sig.; y 2º contra quiénes se conceden, §. 1234.

Dícense acciones *noxales* de la palabra *noxia*, que es el daño que causa el siervo por algun delito, §. 1080. Y *noxa* se llama el siervo que causó el daño, §. 1. *Inst. h. t.* aunque muchas veces se usan promiscuamente estos vocablos. Es pues *accion noxal* la que entablan los que han sufrido daño del siervo, contra cualquiera poseedor de este, y á veces alternativamente, ó para que se resarza el daño, ó se entregue el siervo en *noxa*, esto es, al perjudicado para su satisfaccion, *pr. Inst. h. t.* Por tanto la naturaleza de estas acciones es, 1º que son de cualidad adjunta (*adjecticia*), y compren-

den en sí tantas especies cuantos son los delitos ó cuasi delitos. Si pues el siervo comete hurto, se da la *accion noxal de hurto*; si injuria, *accion noxal de injuria*; si hizo daño derramando ó arrojando, la *accion noxal de lo arrojado y derramado*. 2º Que esta accion es escrita en la cosa, §. 1146., pues la *noxa* sigue al autor, §. 5. *Inst. h. t.* De aquí es, que se reconviene noxalmente al que posee el siervo al tiempo de la contestacion del pleito. Si se ha dado libertad al siervo, no es reconvenido noxalmente, sino directamente por el delito que cometió, *L. 15. ff. De cond. furti*. Si muere, espira la accion, porque falta la persona sobre quien ha de recaer la *noxa*.

§. MCCXXXIII. De esta esplicacion se deduce claramente contra quién se conceden estas acciones, á saber, contra el dueño. Pues parecia justo á los decenviros, que adquiriendo el dueño todas las cosas por medio del siervo, sufriese tambien el daño que este causase. Sin embargo como podia suceder que la pena escudiese el precio del mismo siervo, quisieron conceder al dueño el arbitrio, ó de resarcir el daño, ó de dar el siervo en *noxa*. Lo que pareció tan equitativo á Puffendorf, que juzga se deriva esta accion del derecho natural. Mas se pregunta, ¿se da tambien contra el padre por un delito del hijo de familias? Poco ántes negámos que pueda hacerse por Derecho moderno, aunque por el antiguo no cabe la menor duda. ¿Qué sucede pues si en el día delinque el hijo de familias? Que es reconvenido él mismo y condenado por el delito; y si no tiene con qué

pagar, después de la condenación, se da contra el padre la acción de lo juzgado de peculio (*judicati de peculio*), para que resarza el daño, en cuanto alcance el peculio, *L. 3. §. 41. ff. De pecul.* Podría oponerse que la acción de peculio no se concede en el delito, *L. 58. ff. De reg. jur.*; pero ya dimos la respuesta en el *escol.* del §. 1119.

§. MCCXXXIV. [En España no se conoce esta acción en el día, tanto por haberse abolido la esclavitud, como por estar prohibido dar en *noxa* á los hijos.]

## TITULO IX.

## DE LOS MENOSCABOS CAUSADOS POR LAS BESTIAS.

§. MCCXXXV — MCCXXXVIII. Siguen por último las acciones que provienen del daño causado por nuestros ganados ó animales. De las que se numeran aquí tres: 1.<sup>a</sup> la acción del menoscabo causado por las bestias (*de pauperie*), §. 1235-1238.; 2.<sup>a</sup> la acción del pasto de los ganados (*de pastu pecorum*), §. 1239.; y 3.<sup>a</sup> la acción *edilicia* de los animales ferozes puestos cerca de los caminos públicos (*de bestiâ juxta viam*), §. 1240.

1.<sup>a</sup> Llámase la acción del menoscabo causado por las bestias *de pauperie*, porque *pauperies* es cualquier daño causado por un animal, §. 1080., con tal que haga el daño contra la naturaleza de su especie, *pr. Inst. L. 1. §. 4. ff. h. t.* Así, por ejemplo, no todos los caba-

llos dan cozes, ni todos los bueyes dan cornadas; por tanto, si un caballo dando una coz, ó un buעי una cornada, hiciesen daño, sería contra la naturaleza de su especie, y consiguientemente tendría lugar la acción del menoscabo causado por las bestias. Ni tampoco esto es bastante, sino que además se requiere que la bestia cause el daño voluntariamente y no instigada, pues si el mismo dañado la irritó, no puede pedir ninguna satisfacción; si otro la instigó, tendrá contra el instigador la acción de la *lei aquilia*, *L. 4. §. 4. ff. h. t.*; mas si causó el daño por su voluntad, compete la acción del menoscabo causado por las bestias, la cual tiene también su origen en las XII Tablas. Se concede al dañado, ó á aquel á quien le interese, contra cualquier poseedor de la bestia (pues también esta acción está escrita en la cosa, §. 1146.\*), para que resarza el daño, ó dé la bestia en *noxa*, *L. 4. pr. L. 3. ff. h. t. pr. Inst. eod.* Luego también esta acción (a) es *noxal*, porque obra alternativamente, y además (b) tiene la cualidad de que si uno niega que es suyo el animal ó que lo posee, está obligado por el todo, y por tanto no se le admite la dación en *noxa*, *L. 4. §. 45. ff. h. t.*

§. MCCXXXIX. 2.<sup>a</sup> La otra acción es del pasto de los ganados, que se diferenciaba solamente de la anterior, en que esta tenía lugar, si la bestia causaba daño, no contra la naturaleza de su especie, sino conforme á ella, por ejemplo, si un buעי pacía un campo, pues esto suelen hacerlo todos los bueyes. Por lo demás, en cuanto al efecto, parece no había ninguna diferencia entre es-

ta accion y la anterior, porque tambien era noxal, y de aquí es que debia resarcirse el daño ó entregarse la bestia en *noxal*, segun aparece de Paulo, *Recept. sent. L. 45. 4.* Pero ya en tiempo de Justiniano tenia esta accion poco ó ningun uso, como se manifiesta de que apénas se hace mencion de ella en las Pandectas, *L. 14. §. ult. ff. De prese. verb.*

§. MCCXL. 3ª La tercera accion es la *edilicia*, establecida contra aquellos que colocan en cualquier paraje de la ciudad por donde suela pasarse, algun perro, jabalí, leon ú otra bestia feroz. Entónces, ó era estimable el daño causado, ó inestimable por haber sido muerto ó herido un hombre libre. En el primer caso se concedia al ofendido la accion en el duplo; en el último, si habia sido muerto un hombre libre, en 200 áureos; si habia sido herido, en tanto cuanto el juez creyese justo, apreciados los gastos de la cura, los trabajos cesantes y demas daños; de lo que trata prolijamente el edicto edilicio, *L. 42. ff. De edict. edilicio*. Por lo demas no es de estrañar que los ediles estableciesen semejante edicto, porque estaban bajo su cuidado los caminos públicos dentro de la ciudad. Véanse nuestras *Pand. P. I. §. 72.*

§. MCCXLI—MCCXLIII. [La legislacion española ha admitido toda la doctrina de este título, diferenciándose únicamente en la clase de penas y en su mayor ó menor rigor.]

## TÍTULO X.

## DE AQUELLOS POR CUYO MEDIO PODEMOS OBRAR EN JUICIO.

§. MCCXLIV—MCCXLVII. Hemos concluído tambien la sesta division de las acciones. Sigue la *sétima*, por la cual unas acciones pueden entablarse ó contestarse por procuradores, y otras no. Por ejemplo, la accion criminal de injurias no admite procurador, ni por parte del actor, ni por parte del reo; pero las acciones civiles los permiten. Con esta ocasion pues se trata de los procuradores, 1º cómo pueden ser admitidos salvando los principios del Derecho, §. 1244-1247; y 2º qué es procurador, y lo que se ha establecido acerca de ellos, §. 1248-1251.

1º No sin razon se pregunta, cómo pueden ser admitidos procuradores, salvando los principios del Derecho, pues al principio prohibian los romanos que pudiesen litigar en el foro los procuradores en lugar de otros, porque 1º todas las acciones eran acciones de la lei, §. 69, esto es, negocios que debian declararse por el magistrado solemnemente y con las fórmulas prescritas, *L. 2. §. 6. ff. De orig. jur.*; y era de la naturaleza de todas las acciones de la lei y actos legitimos el no admitir dia ni condicion, ni procurador, sino que debian desempeñarse personalmente, (§. 70), *L. 77.*

L. 123. ff. De reg. jur. 2º Por la contestacion del pleito se obligaba al reo en virtud de cuasi contrato á pagar lo juzgado : es así que ninguno podia obligarse por otro, ó estipular para otro, (§. 833. 5. 6.) §. 3. 4. *Inst. De inutil. stipul.*, luego tampoco el procurador. 3º Ninguno podia adquirir para otro no estando sujeto á su potestad, (§. 482), §. 5. *Inst. Per quas person. cuique adquir.* Es así que el procurador debía adquirir el lucro de la sentencia favorable, no para sí, sino para el dueño constituyente; luego por estas razones habia antiguamente la regla general de que ninguno pudiese entablar por otro accion ó escepcion. Poquísimas eran las escepciones, admitiéndose por el pueblo el *sindico*; por la libertad, á saber, si se disputaba, si uno era siervo ó libre, el *defensor (assertor)*; por el pupilo el *tutor*; y por la lei hostilia el procurador de aquel que estaba ausente por causa de la república, ó entre los enemigos, si quisiesen reconvenirle por la accion de hurto. No pudiendo pues algunos de estos presentarse en juicio, como el pueblo, el cautivo, el ausente por causa de la república, ó no teniendo persona para asistir á juicio, como el siervo, aquel sobre cuyo estado se duda, y el pupilo; la misma necesidad exigia que se admitiesen por ellos procuradores, *pr. Inst. h. t.* Mas siendo mui molesto que todos sin distincion tuviesen que presentarse en juicio, los antiguos juriscultos meditaron un principio, por el que, salvas las reglas de Derecho, pudiesen ser admitidos los procuradores; á saber, fingian que el procurador no era un

nuevo mandatario que litigaba á nombre de otro, sino que se hacia *dueño del pleito*, L. 4. §. 3. ff. De alien. jud. mut. caus. L. 22. L. 23. C. De procurat. Aquel *dominio del pleito* se trasferia por el mandato, que se consideraba como título; pero se adquiria por el procurador por medio de la contestacion del pleito, L. 4. pr. ff. De proc. junct. L. 4. §. ult. De appell. El dueño encargaba al procurador que ocupase este dominio, y el procurador lo ocupaba contestando el pleito. Hecho esto, ya se obraba contra el procurador: él afianzaba, contra él se daba la sentencia, y contra él se concedia la accion de lo juzgado; aunque la eludia y trasferia contra el dueño ó mandante por aquella escepcion de la L. 26. De procur.; lei que pocos han entendido bien.

§. MCCXLVIII—MCCLII. IIº Mas qué es el procurador? y qué se ha establecido acerca de ellos? *Procurador* es en este sentido el que toma ó administra negocios judiciales ó pleitos ajenos por mandato del dueño, L. 33. pr. §. 1. ff. De procur. Digo que *aquí* debe definirse de esta manera, porque si uno lo hace sin ningun mandato, no es procurador, sino *defensor*, el cual solamente se admite por el reo, no por el actor, y no de otro modo que afianzando de estar á lo juzgado, L. 35. §. 3. L. 46. §. 2. L. 51. ff. De procur. De esta definicion se colige, 1º quién constituye procuradores. Á saber, (a) el dueño, y (b) aquel dueño ciertamente que tiene la libre facultad de administrar su cosas. La razon es, porque se traslada al procurador el dominio

del pleito, §. 4247. El que traslada el dominio de sus cosas, enajena; y el que enajena debe ser dueño y tener la libre facultad de administrar sus cosas. De donde se manifiesta por qué los furiosos, los pródigos, los niños, los pupilos sin el consentimiento del tutor, y aún los tutores mismos no pueden dar por sí procuradores; pues estos no son dueños, y por tanto solo pueden nombrar un actor á su riesgo, (§. 277). §. *últ. Inst. De curat.* De la misma definición sabemos, 2º quiénes pueden ser procuradores, á saber, todo el que es idóneo para tomar y administrar los pleitos ajenos; mas no el furioso, el niño, la mujer, el menor de 17 años de edad, (pues este año habian fijado los romanos, porque poco ántes solian vestir los jóvenes la toga viril, *L. 13. ff. De manum. vind. §. 5. Inst. Qui et ex quibus caus.*) el siervo, el infame, ni el militar, para que obteniendo esta procuracion no se separase de las banderas, *L. 8. §. 2. ff. De procur.*, á no ser que quisiera tomar la causa de su cohorte, *L. 8. §. 2. L. 54. ff. L. 7. L. 3. C. De proc.* En cuanto á los infames, es en verdad mui cierto por la *L. 6. C. De proc.* y aunque parece lo contradice el §. *últ. Inst. De excep.*, en que Justiniano deroga espresamente la escepcion de infamia que se objete al procurador, es fácil la respuesta, si atendemos á las palabras de este párrafo: *para que no se dilate la disputa principal, mientras se ventila el artículo de las escepciones.* Cesa pues esta escepcion de infamia, si no es clara, y si hubiera de originarse en el juicio una disputa prolija acerca de

ella. Mas cuando es tan manifiesta y notoria que no se necesita controversia, bien puede en el dia oponerse; por ejemplo, si el condenado por hurto quisiese hacer de procurador. De la misma definicion aparece, 3º en qué casos se admiten procuradores, á saber, en todos aquellos en que puede representar la persona del principal. (Véanse nuestras *Pand. P. I. §. 431.*) Á la verdad puedo representar la persona de otro en las cosas civiles, pues nada impide que uno pague por otro (§. 999), *L. 23. L. 40. L. 53. ff. De solut.*; mas no puedo representar la persona de otro en las causas criminales, ni por parte del acusador, porque este debia escribir su nombre, para que se le aplicase pena, si no probaba el delito al reo; ni por parte del acusado, porque ninguno puede ser ahorcado, degollado, ni magullado con rueda por otro. Por tanto en estas causas criminales no es admitido procurador, á no presumirse que la pena será tal, que pueda imponerse al ausente, por ejemplo, la relegacion, *L. 40. ff. De publ. jud. L. 33. §. 3. ff. De proc.* Últimamente 4º de la misma definicion se manifiesta, cuándo cesa por Derecho romano el oficio de procurador. Termina por los mismos modos por que cesa el dominio, como (a) por el mutuo disentiimiento, estando todavia integro el negocio, y (b) por la revocacion del dominio, pero ántes de la contestacion del pleito, pues en uno y otro caso todavia no es dueño el procurador. (c) Por la renuncia del procurador en tiempo oportuno y no perjudicando al dueño, §. 41. *Inst. h. t.*, pues cada cual puede abdicar su do-

minio, como no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos, §. 10. *Inst. h. t.*

§. MCCLIII. [Casi disponen lo mismo las leyes españolas. Segun ellas nadie puede ser procurador sin tener veinte y cinco años cumplidos.]



### TÍTULO XI.

#### DE LAS CAUCIONES.

§. MCCLIV—MCCLVI. Vimos en el título anterior que el procurador, como dueño del pleito, tenia á veces que afianzar ó prestar caucion. Por esto al título *de aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio*, se añade el título *de las cauciones*. Acerca de estas se pregunta, 1º qué es caucion y de cuántas maneras, §. 1255-1256; 2º quiénes por Derecho romano están obligados á prestar caucion en juicio, §. 1257-1260.

1º Ya en el §. 279, al tratar *de la fianza de los tutores ó curadores*, hemos explicado qué sea caucion, y de cuántas maneras. Á saber, *caucion* es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, y que no quedase al actor mas arbitrio

que llorar; de aquí es que nada hai mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1º de fianza (*fidejussoria*), que se hace dando fiadores idóneos y ricos, esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *L. 2. pr. ff. Qui satisd. cog.* 2º de prenda (*pignoratitia*), que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes *cauciones idóneas*, *L. 59. §. ult. ff. Mand. L. 4. §. 8. De fidejus. lib.*, así como la primera se llama especialmente fianza (*satisdabio*), *L. 4. ff. Qui satisd. cog.* 3º *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama; y 4º la *meramente promisoria*, que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raizes, y tambien por el fisco y la república, *L. 4. §. 18. L. 6. §. 1. ff. Ut legat. vel fidej.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro Derecho tambien los poseedores de cosas raizes deben jurar, como demostrámos en nuestras *Pandectas*, *P. I. §. 302*, y ántes que nosotros *Cujac. Obs. XII. 22*, *Noodt ad Pand. tom. II. de sus obras, p. 59*, y *Eschultingio, Pand. h. t.*

§. MCCLVII—MCCLIX. 11º. Si se pregunta, quiénes están obligados á prestar caucion, podemos fácilmente responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1º El *rea* por Derecho justinianeo presta la caucion de presentarse en juicio, (*de judicio sisti*), que antiguamente se llamaba *vadimonium*, ántes que Justiniano borrarse de todas las leyes este vocablo, que

minio, como no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos, §. 10. *Inst. h. t.*

§. MCCLIII. [Casi disponen lo mismo las leyes españolas. Segun ellas nadie puede ser procurador sin tener veinte y cinco años cumplidos.]



### TÍTULO XI.

#### DE LAS CAUCIONES.

§. MCCLIV—MCCLVI. Vimos en el título anterior que el procurador, como dueño del pleito, tenia á veces que afianzar ó prestar caucion. Por esto al título *de aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio*, se añade el título *de las cauciones*. Acerca de estas se pregunta, 1º qué es caucion y de cuántas maneras, §. 1255-1256; 2º quiénes por Derecho romano están obligados á prestar caucion en juicio, §. 1257-1260.

1º Ya en el §. 279, al tratar *de la fianza de los tutores ó curadores*, hemos explicado qué sea caucion, y de cuántas maneras. Á saber, *caucion* es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, y que no quedase al actor mas arbitrio

que llorar; de aquí es que nada hai mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1º de fianza (*fidejussoria*), que se hace dando fiadores idóneos y ricos, esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *L. 2. pr. ff. Qui satisd. cog.* 2º de prenda (*pignoratitia*), que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes *cauciones idóneas*, *L. 59. §. ult. ff. Mand. L. 4. §. 8. De fidejus. lib.*, así como la primera se llama especialmente fianza (*satisdabio*), *L. 4. ff. Qui satisd. cog.* 3º *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama; y 4º la *meramente promisoria*, que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raizes, y tambien por el fisco y la república, *L. 4. §. 18. L. 6. §. 1. ff. Ut legat. vel fidej.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro Derecho tambien los poseedores de cosas raizes deben jurar, como demostrámos en nuestras *Pandectas*, *P. I. §. 302*, y ántes que nosotros *Cujac. Obs. XII. 22*, *Noodt ad Pand. tom. II. de sus obras, p. 59*, y *Eschultingio, Pand. h. t.*

§. MCCLVII—MCCLIX. 11º. Si se pregunta, quiénes están obligados á prestar caucion, podemos fácilmente responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1º El *rea* por Derecho justiniano presta la caucion de presentarse en juicio, (*de judicio sisti*), que antiguamente se llamaba *vadimonium*, ántes que Justiniano borrarse de todas las leyes este vocablo, que

ya solo se encuentra en la *L. ult. C. De castr. et ministerian.* Véase Salmasio *De modo usurar. c. 46.* En seguida tenia tambien que afianzar el reo que permaneceria hasta el fin del pleito en juicio, y que no lo eludiria con la ausencia, §. 2. *Inst. h. t.* 2º El actor afianzaba igualmente tres cosas: 1º que contestaria el pleito dentro de los dos meses de presentada la demanda; 2º que proseguiria el pleito hasta su fin; y 3º que entregaria la décima parte de la suma comprendida en la demanda, por razon de gastos, si sucumbiese, *Nov. 96. c. 4.* 3º El *procurador del reo*, ó toma el pleito de uno que está presente, ó de un ausente. Si del presente, entonces no afianza él, sino su dueño presente por él: si del ausente, no seria admitido el procurador, á no ser que él mismo prestase caucion; y en uno y otro caso presta caucion de pagar lo juzgado, esto es, que el condenado no rehusará pagar todo aquello en que sea condenado, §. 5. *Inst. h. t.* 4º El *procurador del actor*, ó no tiene mandato ni verdadero ni presunto, ó tiene mandato, pero solo presunto, imperfecto, ó defectuoso; ó está provisto de un mandato verdadero y perfecto. Si no está autorizado con ningun mandato, no es admitido, aunque quiera afianzar, *L. 4. L. 24. C. De proc.* Si tiene mandato presunto, por ejemplo, si el marido comparece por la mujer; ó defectuoso, por ejemplo, si se ha omitido el sello ó nombre del negocio; entonces presta caucion *de que el dueño ratificará sus procedimientos (rem ratam habiturum dominum)*, §. 3. *Inst. h. t.* Si exhibe en juicio un verdadero y per-

fecto mandato, está esento de toda caucion, *L. 4. C. De procur.* Este era el orden de prestar caucion por Derecho civil; pero tan diverso en varias provincias, que últimamente Justiniano estableció por lei, §. 7. *Inst. h. t.*, que todas las provincias se atemperasen á las nuevas costumbres de la ciudad régia, esto es, de Constantiuopla ó de Roma.

§. MCCLXI y MCCLXII. [Las leyes que en nuestro Derecho hablan de esta materia y deben ser consultadas, son la 47 y 48. *tit. 12. Part. 5.*, la 41. *tit. 2. Part. 3.* y el *tit. 5. de d. Part.*]

## TÍTULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES, Y DE LAS QUE PASAN Á LOS HEREDEROS Y CONTRA LOS HEREDEROS.

§. MCCLXIII y MCCLXIV. Restan la octava y novena division de las acciones. Unas son *perpetuas*, otras *temporales*; además unas pasan á los herederos y contra los herederos, otras ni á los herederos ni contra los herederos. Este asunto, á la verdad muy importante, se trata con este orden: 1º definimos las acciones perpetuas y temporales, §. 1263 y sig.; 2º proponemos cuatro reglas, por donde se conocera qué acciones son perpetuas, y cuáles temporales, §. 1265-1272; 3º añadimos tres reglas de las acciones que se dan y de

las que no se dan á los herederos y contra los herederos, §. 1273-1275.

1º Llamábanse antiguamente acciones *perpetuas* las que no espiraban en ningun tiempo, y tales eran todas las que nacian de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes. Mas por Derecho nuevo se llaman así las acciones que no se destruyen, sino por la prescripción de mui largo tiempo, esto es, de treinta ó mas años, *L. 3. C. De prescr. 30 annorum. Temporales* al contrario, son las que espiran en breve espacio de tiempo, por ejemplo, por uno, dos, cuatro años, y aún por algunos meses; y tales eran antiguamente todas las pretorias, que no duraban sino un año, porque el mando del pretor no era mas que de un año, *pr. Inst. h. t.* No es ajeno de razon legal que se acaben las acciones por la prescripción de ciertos años, pues las acciones son cosas incorpóras: las cosas incorpóras están en nuestros bienes, §. 388: lo que está en nuestros bienes, se pierde por la prescripción de ciertos años; luego tambien las acciones se acaban por la prescripción de ciertos años; y esto es lo que nos proponíamos demostrar.

§. MCCLXV — MCCLXXII. 2º Ahora siguen cuatro reglas, por las que puede conocerse qué acciones son perpetuas y cuáles temporales. Primera regla: *las acciones reales duran tanto como el mismo derecho en la cosa* (in re), *de donde nacen*. Esto es, si se trata de cosa mueble por accion real, se entablará dentro de tres años; si de raiz dentro de diez, si están presen-

tes los litigantes, y si están ausentes, dentro de veinte. Pues en otro caso se usucape la cosa, y conseguida la usucapion no me queda ningun derecho para obrar, §. 445. Tiene lugar esta regla en la *accion vindicatoria de la cosa, en la publiciana, confesoria y negatoria*; y aún en las acciones escritas en la cosa, que dijimos imitaban á las reales. Solo hai tres escepciones, 1º en la accion hipotecaria, la cual, si el mismo deudor posee la hipoteca, se acaba á los cuarenta años; si la posee un tercero de buena fe, á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes; si la posee un tercero de mala fe, á los treinta años, *L. 4. 2. C. Si adv. cred. L. 7. pr. C. De prescr. 30 ann.* 2º En la petición de la herencia, la cual siendo de naturaleza mista, y derivándose tanto del derecho en la cosa como á la cosa, imita las acciones personales, y dura treinta años, *L. 7. C. De hered. pet.* 3º La accion ó queja del testamento inoficioso, la cual por ser odiosa, §. 384, espira á los cinco años, *L. 8. §. últ. L. 34. ff. De inoff. test.* Regla segunda: *las acciones personales persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, duran treinta años.* Es tan general esta regla, que de todas las acciones personales, que apenas tienen número, solo se exceptúan tres especies (a) La accion de servidumbre prometida, todavía no cuasi entregada. Esta accion es personal por lo estipulado, y sin embargo dura solo diez años entre presentes y veinte entre ausentes, *L. pen. C. De usufr. L. 13. C. De serv.* (b) Las acciones de ciudades, iglesias y fisco, que por privilegio duran cuarenta años, §.

454. Y (c) las acciones que rescinden algun acto, todas las cuales son temporales y espiran por breve espacio de tiempo. Regla tercera: *todas las acciones penales civiles de delitos privados son perpetuas; las pretorias son anuas*. Aunque entre las acciones persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, no hai ninguna diferencia, §. 1270, las penales, por ser odiosas, quedaron anuas, si dimanaban del pretor, conforme á lo dispuesto antiguamente. Se exceptúan ciertamente algunas acciones pretorias, á saber, (a) *la de hurto manifesto*, la cual es perpetua, porque la accion trae origen de las leyes de las XII Tablas, y solo la pena del duplo fué introducida por el pretor, *pr. Inst. h. t.* (b) *La accion en el hecho* contra los capitanes de barcos, venteros ó mesoneros, es igualmente perpetua, aunque proviene de delito, *L. ult. §. 6. ff. Naut. caup. stab.* (c) *La accion del depósito miserable*, que si bien mista, y concedida en el duplo por el edicto del pretor, es perpetua, *L. 18. ff. Depos.* (d) *La accion del siervo corrompido*, *L. 43. ff. De serv. corr.*, y (e) *la accion de lo derramado y arrojado*, la cual es perpetua, á no ser en el caso de que haya sido muerto un hombre libre, pues entonces dura un año, *L. 3. §. 5. ff. De his qui eff. vel dejee*. Mas estas mismas tres acciones fueron realmente civiles, pues el que deba pagar el duplo el que niega el depósito, lo establecian las leyes de las XII Tablas, *Coll. LL. mosaic. et roman. X. 6.* Del siervo corrompido lo habia dispuesto la lei aquilia, *L. 4. L. 5. §. 2. ff. De serv. corr.*, y tambien acerca de

lo derramado y arrojado la *L. 31. ff. Ad leg. aquil.*; de modo que el pretor solo corrigió en parte estas leyes; por cuya razon conservaron estas acciones la naturaleza de las civiles, y quedaron perpetuas. Últimamente (f) se exceptúa tambien la *accion de dolo*, la cual es de dos años, porque se considera mui odiosa, *L. ult. C. De dolo malo*. Regla cuarta: *las acusaciones criminales duran veinte años*. Se exceptúan pocos casos: (a) si se continúa el crimen; pues ¿cómo opondrá la prescripcion de veinte años, quien ejerció durante los veinte años el oficio de robar? *L. 4. C. De apost.* (b) Los delitos carnales, como adulterio, estupro, (c) el crimen de peculado, y tambien la persecucion del senadoconsulto silaniano, que solo duran cinco años, *L. 29. §. 5. ff. Ad leg. jul. de adult. L. 7. ff. Ad leg. jul. de pec. L. 43. ff. Ad SC. silanian.* Del crimen de peculado hablaremos despues, §. 4366; pero el senadoconsulto silaniano era atrozisimo, pues si el testador habia sido muerto en su casa, no se abria el testamento hasta que todos los siervos que se hallaban bajo del mismo techo, eran atormentados cruelmente, y castigados los que resultaban reos del homicidio. Véase el tít. *ff. De SC. silan. et claudian.*

§. MCCLXXIII — MCCLXXV. III<sup>o</sup> Siguen tres reglas por las que se juzgará, qué accion se da á los herederos, y contra los herederos, y cuál no. Regla primera: *todas las acciones, tanto persecutorias de la cosa, como penales, se dan á los herederos, á no estar dirigidus solo á la venganza, ó no interesar especial-*

*mente al actor.* La razon es fácil: (a) lo que falta al difunto, tambien le falta al heredero; luego tambien reclama este lo que el difunto podia exigir. (b) El heredero entra en todos los derechos del difunto, §. 534; luego lo que se debia al difunto, ó por derecho en la cosa, ó por derecho á la cosa, tambien se debe al heredero. Mas se exceptúan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, la accion de injurias, y otras referidas en el §. 4373, porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Se exceptúan las acciones populares, L. 5. §. 5. *De his qui effud.*, porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda transmitir á los herederos. Regla segunda: *todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema en las *Conj. Jur. lib. I. c. 7. p. 440 y sig.* niega lo último, á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los herederos. Pero falsamente; (a) pues ¿qué cosa mas cierta que el concederse contra los herederos la condicion furtiva, y la accion de las cosas robadas? Niega Duirsema que nazcan de delito; pero esto es cerrar los ojos á la evidencia, como lo haria el que negase que dos veces dos son caatro. (b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. De leg. aquil.* en que dice el Emperador que la accion de la lei aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse des-

pues á la pena, con razon no se concede á los herederos. Semejante dificultad no pudo soltarla este esclarecido autor. Regla tercera: *las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato,* (p. e. del depósito miserable) *se dan á los herederos; mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y deben obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, L. 26. ff. *De pæn.*; y la razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito es una especie de novacion; y por tanto, si el difunto ha contestado el pleito, paga el heredero la multa, no por delito, sino por cuasi contrato, §. 4049. Luego, contestando el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, L. 38. ff. *De obl. et act.*

## TÍTULO XIII.

## DE LAS ESCEPCIONES.

§. MCCLXXVI y MCCLXXVII. Hemos concluido la materia de las acciones. Mas así como el actor entabla su accion, así es propio del reo defenderse contra lo que intenta el actor; y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo; *digo que me debes ciento. Niego que debo ciento;* ó confesando la causa de pedir, aunque eludiéndola con alguna escepcion; por ejemplo: *digo que me debes ciento. — Lo confieso; pero opongo la es-*

*cepcion del senadoconsulto macedoniano, porque era hijo de familia.* De estas escepciones tratamos ahora, considerando 1º qué es escepcion, §. 1277; 2º de cuántas maneras, §. 1278-1280; y 3º cómo deben oponerse en juicio, §. 1281. y sig.

1º *Escepcion es la exclusion que atendida la equidad, se hace de la accion que oompete por derecho estricto, pr. Inst. h. t.* Segun esto digo que hai escepcion, cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto; pero no obstante la equidad la rescinde. Así dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto; mas la equidad manda que se invalide la promesa hecha por fuerza y miedo; por tanto se concede la escepcion *por causa de miedo (quod metus causá)*. Así tambien observamos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mutuo; mas no obstante por la equidad, y por favorecer á los padres, se elude esta obligacion del mutuo, concediendo la escepcion del *senadoconsulto macedoniano*. Propiamente pues no son escepciones las que quitan la obligacion *ipso jure*, por ejemplo, la paga ó la compensacion. Pero los pragmáticos toman latamente la palabra escepcion, y llaman *escepciones de derecho* aquellas alegaciones por las que se escluye la accion, atendida la equidad; y denominan *escepciones de hecho* aquellas por las que *ipso jure* se destruye la accion.

§. MCCLXXVIII — MCCLXXX. IIº Siguen ahora va-

rias divisiones de las escepciones. 1º Unas son *civiles*, que nacen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes, por ejemplo, la escepcion *del dinero no contado, del senadoconsulto macedoniano, veleyano*. Otras *pretorias*, que dimanar del edicto del pretor, por ejemplo, las escepciones *por causa de miedo, de dolo malo, de pacto, de juramento*; pero no diferenciándose estas acciones en el efecto, no es de grande importancia esta division; pues aunque las acciones civiles son perpetuas, y algunas pretorias temporales, no se observa esta diferencia en las escepciones, porque si está en mi potestad obrar cuando quiera, no así oponer la escepcion. Por tanto todas las escepciones son perpetuas, escepto la escepcion *del dinero no contado*, la cual espira á los dos años, §. 844. 2, aunque civil, §. *ún. Instit. De litt. obl.* 2º Las escepciones son *perpetuas ó perentorias, y dilatorias ó temporales*. Las perpetuas ó perentorias destruyen la accion é intencion del actor, y la eluden para siempre; por ejemplo, si al acreedor se opone la escepcion *del senadoconsulto macedoniano, por causa de miedo, de dolo malo*, se escluirá su accion para siempre, y por tanto estas acciones son perentorias. Dilatorias ó temporales se llaman las que solamente difieren las acciones hasta cierto tiempo, y suspenden su efecto, y no las que las escluyen para siempre; por ejemplo, si opongo á mi actor la escepcion de *no haber prestado caucion*, se suspende á la verdad el efecto de la accion hasta que se haya prestado la caucion, mas no por eso

se destruye; luego esta escepcion es dilatoria. Es muy recomendable el tratado de Q. Septimio Rivino, titulado: *Specimen exceptionum forensium*. 3ª Ciertas escepciones son reales, como las que aprovechan á los herederos y sucesores; y la mayor parte son de esta clase; pero hai otras pocas personales, que estriban en privilegio personal, y por consiguiente espiran con la persona; por ejemplo, la escepcion del *beneficio de competencia*, pues este solamente se concede á ciertas personas, como vimos en el §. 4499 y sig.

§. MCCLXXXI y MCCLXXXII. IIIª Resta decir cuándo han de oponerse las escepciones en el juicio (1). Lo que se comprende en dos reglas: 1ª *las escepciones dilatorias deben oponerse ántes de la contestacion del pleito*, L. pen. L. ult. C. De exc. Esceptúanse (a) las escepciones que cambien lo anulado en el juicio, por ejemplo, la legitimacion de la persona del procurador. (b) Las que nacen de algun hecho posterior, por ejemplo, la escepcion de caucion despues que el actor vendió sus bienes raizes. Estas se oponen en cualquiera estado del juicio, L. 44. ff. h. t. (c) Las escepciones

(1) Por Derecho real de España las escepciones dilatorias se deben proponer y probar dentro de nueve dias, contados desde el en que debia contestarse á la demanda, á no ser que fueren tan notorias que no hubiese necesidad de prueba. Las perentorias dentro de veinte dias contaderos desde la contestacion de la demanda, y se puede prorogar este termino siempre que el reo jure no las supo ántes, y que no procede de malicia objetarlas ahora, L. 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Recop. y Azev. en dicha ley, not. 3.

privilegiadas, del juez incompetente, del beneficio de competencia, de cesion de acciones; las cuales se oponen aun en la ejecucion, L. ult. C. Si á non comp. jud. L. 41. ff. De judic. L. 44. §. 1. ff. De fidejus. 2ª Regla: *las escepciones perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier estado del juicio; en las acciones de derecho estricto han de alegarse ántes de la contestacion del pleito, y probarse despues*, L. 8. C. h. t. L. 9. ff. De præscript. long. temp. Pero en el dia todas indistintamente se han de alegar al tiempo de la contestacion del pleito y probarlas despues, á no ser (a) las que impiden la entrada en el pleito, cuales son las que pueden probarse incontinenti: (b) las privilegiadas, como la escepcion del senadoconsulto macedoniano y veleyano, de las cuales estas pueden oponerse tambien ántes de la contestacion, y aquellas en la misma ejecucion, L. 44. ff. Ad SC. vellei.

## TÍTULO XIV.

## DE LAS RÉPLICAS.

§. MCCLXXXIII — MCCLXXXV. Así como el reo elude la intencion del actor con la escepcion, §. 4276, así el actor procura con la *réplica* escluir la escepcion del reo, que este se esfuerza á refutar de nuevo con la *contraréplica*. Por tanto, *réplica* es la nueva alegacion

del actor, por la que elude la escepcion del reo; *contraréplica* es la nueva alegacion del reo, por la que intenta escluir la réplica del actor; por ejemplo, la accion es: *tú me debes ciento por mutuo*: escepcion del reo: *era hijo de familias, y por tanto se te opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano*.

Réplica del actor: *mas tú contrajiste por orden de tu padre*. Contraréplica del reo: *niego que lo ordenase mi padre*. Aquí vemos claramente cómo la primera alegacion se elude siempre y debilita por la posterior. Á veces se conceden á los litigantes muchas alegaciones, á saber, *tercera contestacion, cuarta, quinta, sexta*; pero cuantas mas se conceden, mas defectuosos son los juicios: ¿qué necesidad hai de repetir lo que ya se ha dicho? Por lo demas han de observarse estas reglas: (a) escepcionando el reo, se hace actor; luego debe probar la escepcion, exhibir los instrumentos etc.: (b) al reo compete la última alegacion, pues se defiende, y por tanto su causa es mas favorecida.

## TÍTULO XV.

## DE LOS INTERDICTOS.

§. MCCLXXXVI — MCCLXXXIX. En los títulos anteriores hemos explicado todas las acciones reales y personales, escepto los *interdictos*. No naciendo estos propiamente ni de derecho á la cosa, ni de derecho en la cosa, sino de la posesion, reservó su explicacion Justi-

niano para este lugar. Nosotros examinaremos, (a) la naturaleza y origen de los interdictos, §. 1286-1289; (b) las varias divisiones de los mismos, §. 1290-1291; (c) los interdictos de obtener la posesion, §. 1292-1298; (d) los interdictos de retener la posesion, §. 1299-1302; y (e) el interdicto de recobrar la posesion, §. 1306-1308.

1º En cuanto á la naturaleza y origen de los interdictos, dijimos que en ellos especialmente litigamos sobre la posesion; y en verdad no de la posesion *natural*, por la que detiene uno meramente la cosa, cual es la del arrendatario, depositario, comodatario; sino de la *civil*, que es la detencion de la cosa con ánimo de tenerla para sí, cual es la posesion del que la posee por un justo título, como el de compra, donacion, legado, etc., ú otras causas hábiles para trasferir el dominio. ¿Es esta posesion digna de que litiguen por ella los hombres? porque en verdad á ninguno da un derecho real y perpetuo, sino solo momentáneo, y que dura hasta que se pronuncia la sentencia condenatoria. Sin embargo está admitido el proverbio del Derecho, *beati possidentes* (dichosos los que poseen), y ciertamente es de grande importancia la posesion, pues (a) libra de la prueba, *L. 28. C. De rei vind.* (b) Los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos consumidos, y solo restituyen los existentes, §. 377. (c) Retienen la cosa hasta que por sentencia del juez la recupere otro, §. 4. *Inst. h. t.*; lo que trae grande utilidad en los países en que los pleitos son eternos. (d) Los poseedores se defienden por propia autoridad, si alguno intenta despojarlos por

fuerza de la posesion; y (e) si han sido echados por fuerza, arrojan instantaneamente segunda vez á los intrusos, *L. 4. C. Unde vi, L. 3. §. 9. L. 17. ff. De vi et vi armata*; estando prohibida en los demas casos toda venganza privada, y no pudiendo ninguno hacerse justicia por sí mismo, *L. 7. C. Unde vi, L. 13. C. Quod metus caus.* Ultimamente (f) en igual caso siempre es mejor la condicion del que posee, y en caso de duda ha de sentenciarse á su favor, *L. 125. L. 128. ff. De R. J.* Tantas son las ventajas de los que poseen. Siempre pues que litigaban los hombres sobre la posesion, no permitia el pretor que durase mucho, sino que fuera de órden conocia brevemente de la causa, y con la sencilla fórmula *Como poseéis asi poseáis*, decretaba quién debia poseer, interin se acababa el juicio petitorio. Por tanto en aquel tiempo los *interdictos* eran unas fórmulas y palabras solemnes, por las que el pretor, en las causas de posesion, mandaba ó prohibia que se hiciese alguna cosa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el dia, despues que dejaron de usarse aquellos rodeos de fórmulas, podian desfinirse los interdictos, diciendo que son unas acciones extraordinarias, por las que se disputa breve y sumariamente sobre la verdadera posesion, ó cuasi posesion, *d. pr. y §. últ. Inst. h. t.* Hai ciertas causas de propiedad que se esplican del mismo modo por interdictos, aunque son muy pocas, como euando hai miedo de armas, ó no sufren dilacion atendida la salud pública; de las cuales se trata en las *ff. lib. XLIII.*

§. MCCXC — MCCXCV. IIº Siguen las varias divisiones de los interdictos, pues 1º unos son *prohibitorios*, por los que impide el pretor hacer alguna cosa; tales son los interdictos *de que no se haga algo en un lugar sagrado; de que no se haga una cosa en lugar ó camino público* etc. Otros *restitutorios*, por los que manda el pretor restituir algo; por ejemplo, el interdicto *Donde por la fuerza (Unde vi)*, por el cual manda el pretor que se restituya la posesion á aquel que fué arrojado de ella por fuerza. Otros últimamente son *exhibitorios*, por los que manda el pretor que se exhiba alguna cosa, ó que se produzca públicamente, y se permita ver; por ejemplo, si uno oculta un testamento, dará el pretor el interdicto *de exhibir el testamento*; si uno tiene hijos ajenos, ocultándolos de su padre, concederá á este el interdicto *de manifestar los hijos*. 2º Unos son interdictos *simples*, otros *dobles*, de los que se trata al fin en el §. 1305. Pero estando ahora hablando de las divisiones de los interdictos, añadiremos esta: *simples* son aquellos en que solamente puede haber un actor y un reo; por ejemplo, en el interdicto *De donde por la fuerza*, es siempre actor el que ha sido arrojado por la fuerza, y reo el que arrojó. Y *dobles* son aquellos, en que cada uno puede ser actor y reo; tales son los dos interdictos *Como poseéis* y *Utrubi*, pues siendo en estos casos dudosa la posesion, cualquiera podrá provocar el juicio. No obstante se considera actor al que provocó el primero; y si ambos hablaron á un tiempo, al que la suerte designa. 3º Unos

interdictos son *de obtener la posesion*, por los que pedimos la posesion, que aún no tenemos, otros *de retener la posesion*, por los que tratamos de recuperar la posesion perdida, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Esta es la principal division; por lo que trataremos de cada una de sus especies separadamente.

§. MCCXCVI — MCCXCVIII. IIIº Tres interdictos especialmente se han de tener presentes *de obtener la posesion*, de los cuales los dos primeros toman el nombre de las palabras con que empiezan los edictos, y el último del pretor que fué su autor. 1º El primero es el interdicto *De cuyos bienes* (*Quorum bonorum*), que se concede á aquel á quien el pretor dió la posesion de los bienes, ó al heredero pretorio, contra aquel que posee la herencia como heredero ó poseedor, para conseguir la posesion de la herencia, §. 3. *Inst. h. t.* Es pues semejante este interdicto á *la peticion de la herencia*; pero sin embargo no es la misma cosa; pues (a) la peticion de la herencia es un juicio petitorio; este interdicto posesorio. (b) Por aquella reclamamos un derecho hereditario; por este la posesion. (c) Por aquella perseguimos las cosas corporales é incorpóras; por este solamente las corporales, L. 2. ff. *Quorum bon.* También tiene mucha analogía con este interdicto el remedio de la L. ult. C. *De invalidar el edicto de diro Adriano*. Mas sin embargo se diferencia de este, pues por el primero consigue la posesion de la herencia aquel á quien el pretor ha dado la posesion de los bienes; por este remedio logra la posesion de la heren-

cia el heredero nombrado en testamento, si manifiesta las tablas sin tener ningun vicio visible. 2º El otro es el interdicto *Porque de los legados* (*Quod legatorum*). El legatario ciertamente es dueño de la especie que se le ha legado, desde el momento en que muere el testador, §. 606. 3. L. 80. ff. *De legat. 2. L. 64. ff. De furt.*; mas no por eso es poseedor desde aquel instante, y ni siquiera puede tomar por su propia autoridad la posesion de su legado, sino que debe tomarla del heredero, para no quitarle á este la facultad de cercenar la cuarta falcidia, L. 4. §. 2. ff. *L. ún. C. Quod legat.* Por lo mismo si el legatario invade la posesion de la cosa legada, en primer lugar añaña el heredero que cumplirá en adelante los legados, y en seguida usa del interdicto, *Porque de los legados*, contra el legatario, para conseguir su posesion hasta que cercene la cuarta falcidia. 3º El tercero es el interdicto salviano, que se concede al locador del fundo ó predio rústico contra el colono, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda, §. 3. *Inst. h. t.* Por tanto este interdicto es especial, y solo pertenece al arrendador del predio rústico. Sin embargo, por la interpretacion se han constituido prendas contra los deudores, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda. Cualquiera advertirá que este interdicto es muy semejante á la accion *serviana* y *cuasi serviana*, de la que se ha tratado arriba, §. 818, 4138 y sig. Con todo se diferencian, pues (a) las acciones *serviana* y *cuasi serviana* son reales; el interdicto salviano y *cuasi salviano*

son personales, *L. 4. §. 3. ff. De interd.* (b) Aquellas se dan contra cualquiera poseedor; este solo contra el deudor. (c) En aquellas ha de probarse que la prenda se halla en los bienes del deudor, *L. 45. §. 4. ff. De pignor. et hypoth.*; en este no se practica semejante prueba.

§. MCCXCIX. — MCCCH. IV.º La otra clase de interdictos es la de *retener la posesion*; los cuales son dos, *Como poseéis* y *Utrubi*. Ambos se conceden á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, no por fuerza, ni clandestina, ni precariamente (pues estos son los tres vicios de la posesion) contra el que le turba, 1.º para que desista de turbarle, 2.º para que preste caucion de no turbarle mas, y 3.º para que satisfaga juntamente al actor la estimacion de los daños. Siendo pues uno y otro de la misma naturaleza, se pregunta solo, ¿en qué se diferencian? Resp. En que el interdicto *Como poseéis* se da en las cosas raizes, y el interdicto *Utrubi* en las cosas muebles, *L. 4. §. 8. 9. ff. Uti poss. L. ún. §. 5. ff. Utrubi, §. 4. Inst. h. t.*

§. MCCCHII — MCCCIV. V.º No hai mas interdicto de *recuperar la posesion* (1) que el de *De donde por la*

(1) En España al que posee un año y un día con justo título y buena fe, sabiéndolo el mismo que pide la cosa, no se le puede inquietar en su posesion, *L. 3. tit. 8. lib. 11. Nov. Rec.*; la cual, si bien parece hablar de aquellos lugares en que esta costumbre está establecida por fuero municipal, no obstante es general para todas partes. Tenemos un interdicto especial, llamado *de interin* ó *de posesion sumarísima*, como lo deno-

*fuerza (Unde vi)*, el cual se concede al arrojado por fuerza de la posesion, contra el que le echó de ella, para que se le restituya la posesion con los frutos y la indemnizacion de sus perjuicios, §. 6. *Inst. h. t.*

Sin embargo desde que el Derecho canónico introdujo en el famoso cánon *Redintegranda* 5. *caus. 3. qu. 4. et cap. 48. X. De restitut. spoliat.*, el remedio ó la accion de *despojo*, está mas admitida esta en la mayor parte de los países que el interdicto *De donde por la fuerza*. Esta accion canónica es mas pingüe que el interdicto *De donde por la fuerza*, 1.º en que el interdicto solo se concede en la cosa raiz; y la accion de despojo en la cosa mueble y raiz, y aún en los derechos. 2.º En que el interdicto es personal, y por tanto solo se concede contra el que arrojó; y la accion de despojo es real, y compete contra cualquiera poseedor. Por lo que admitimos arriba (§. 334 al fin) que la posesion por Derecho canónico en algun modo participaba de la naturaleza de derecho en la cosa. 3.º En el interdicto *De donde por la fuerza* no se escluyen todas las escepciones, y en el despojo cesan todas. De aquí se ha-

minan nuestros autores, semejante á los interdictos de *retener*, de los que casi no se distingue, pues en él solo se atiende á quien ejerce la posesion antes de la contestacion del pleito; y despues de recibirse una sumaria informacion sobre el, pronuncia el juez sentencia interlocutoria sin que esta pueda perjudicar á los derechos de la propiedad y posesion verdadera, pues se concibe en estos términos: « entretanto que este pleito se ve y determina definitivamente, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad. »

formado la regla : *ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho.*

§. MCCCVI — MCCCVIII. [Las leyes españolas que tratan de esta materia y concuerdan en la mayor parte con lo dispuesto por las romanas, son las 4. y 3. tit. 32. Part. 3. las 9 y 10. tit. 40. Part. 7. y las 2 y 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.]

### TÍTULO XVI.

#### DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

§. MCCCIX. Este título y el que sigue pertenecen á los juicios, y en el presente se trata de la pena de los que litigan sin razon. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aquí por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aquí un medio de reprimir, como se ve por el juramento de calumnia, que se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios, no obstante que por él mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para lo sucesivo, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres : el juramento de calumnia, §. 1310-1313.; la pena pecuniaria, §. 1314.; y la infamia, §. 1315.

§. MCCCX — MCCCXIII. 1.º El primer modo de reprimir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados ju-

ran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras : *general* y *especial*, que tambien se llama *de malicia*. *General* es el que se presta por el actor, reo y abogados en todas las causas al principiarse el juicio. Las fórmulas son varias ; pero todas se dirigen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito, etc. *Especial* es el que se presta, siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario, cuando hai rezelo de que puede ser exigido calumniosamente ; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que lo pide está obligado á jurar ántes ; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones, etc., debe jurar ántes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de vejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patronos y señores del feudo, L. 46. ff. De jurejur. L. 34. §. 4. ff. eod. 2. Feud. 33. §. 1. No hai lugar á este juramento en las causas criminales, pues el reo de pena capital ó de corporal aflictiva, fácilmente prestaría este juramento, aún cuando fuese mui sospechoso de perjurio. Y ¿quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obra calumniosamente para evitar la pena, aunque preste el juramento de calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran, *flexere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV. II.º El otro modo de reprimir la teme-

formado la regla : *ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho.*

§. MCCCVI — MCCCVIII. [Las leyes españolas que tratan de esta materia y concuerdan en la mayor parte con lo dispuesto por las romanas, son las 4. y 3. tit. 32. Part. 3. las 9 y 10. tit. 40. Part. 7. y las 2 y 3. tit. 34. lib. 11. Nov. Rec.]

### TÍTULO XVI.

#### DE LA PENA DE LOS LITIGANTES TEMERARIOS.

§. MCCCIX. Este título y el que sigue pertenecen á los juicios, y en el presente se trata de la pena de los que litigan sin razon. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aquí por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aquí un medio de reprimir, como se ve por el juramento de calumnia, que se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios, no obstante que por él mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para lo sucesivo, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres : el juramento de calumnia, §. 1310-1313.; la pena pecuniaria, §. 1314.; y la infamia, §. 1315.

§. MCCCX — MCCCXIII. 1.º El primer modo de reprimir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados ju-

ran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras : *general* y *especial*, que tambien se llama *de malicia*. *General* es el que se presta por el actor, reo y abogados en todas las causas al principiarse el juicio. Las fórmulas son varias ; pero todas se dirigen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito, etc. *Especial* es el que se presta, siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario, cuando hai rezelo de que puede ser exigido calumniosamente ; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que lo pide está obligado á jurar ántes ; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones, etc., debe jurar ántes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de vejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patronos y señores del feudo, L. 46. ff. De jurejur. L. 34. §. 4. ff. eod. 2. Feud. 33. §. 1. No hai lugar á este juramento en las causas criminales, pues el reo de pena capital ó de corporal aflictiva, fácilmente prestaría este juramento, aún cuando fuese mui sospechoso de perjurio. Y ¿quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obra calumniosamente para evitar la pena, aunque preste el juramento de calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran, *flexere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV. II.º El otro modo de reprimir la teme-

ridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro Derecho es de tres maneras. 1º En algunas causas se aumenta el derecho del demandante por la negativa del demandado, como en la acción de la lei aquilia, §. 1093., en los legados dejados á lugares santos, §. 1173-1177., y en la acción *de daños causados por animales*, §. 1237. al fin. 2º El vencido tiene que pagar al vencedor las costas, á no ser que tuviese probabilidad en el litigio, ó fuese dudoso el derecho de los litigantes, §. 1. *Inst. h. t. L. 79. ff. De iudic.* 3º El que citaba á juicio, sin la vención del pretor, á quien no era permitido citar, era multado en 50 áureos, *L. 1. §. 2. ff. De in ius voc.* Solo la segunda de estas penas está recibida todavía en la práctica, habiéndose casi desusado las otras.

§. MCCCXV. III.º El tercer modo de refrenar el prurito temerario de litigar (1) es la *infamia*, que se origina siempre que es condenado alguno, 1º por verdadero delito, escepto por la lei aquilia, porque por esta acción es castigada muchas veces aún la culpa mas leve, §. 1081.; 2º por los cuatro contratos infamantes, tutela, depósito, sociedad y mandato, §. 1. 2. *Inst. h. t. L. 1. ff. De his qui not. infam.* En el §. 783. dimos oportunamente la razon de por qué los demas contratos no producen infamia.

(1) En España se condena en las costas al litigante temerario, cuando su contrario lo pide; y en las causas criminales impone la lei al calumniador la pena correspondiente al delito de que acusó, aunque por su severidad no está en práctica.

## TÍTULO XVII.

## DEL OFICIO DEL JUEZ.

§. MCCCXVI — MCCCXXIX. Hasta aquí hemos tratado de los oficios del actor, procuradores y reo: resta examinar el cargo del juez. Hai pues que tratar aquí de dos puntos principales: (a) qué diferencia hai entre magistrado y juez, §. 1317-1329.: (b) cuál es el oficio del juez, §. 1330-1333.

1º En cuanto á la primera parte se ha de considerar distintamente, 1º qué es magistrado y juez, §. 1317.; 2º qué es y de cuántas maneras la jurisdicción, §. 1318-1326.; y 3º si en el dia son diversos los cargos de magistrado y juez, §. 1327-1329.

1. Muchas diferencias habia por Derecho romano entre el magistrado y el juez. El *magistrado* era persona pública constituída por votacion del pueblo, que ejercia jurisdicción. El *juez* al contrario era persona privada, como un jurisconsulto, á quien el magistrado encargaba el conocimiento del hecho, y le prescribia la fórmula, segun la cual habia de darse la sentencia. Por tanto aquel administraba justicia en virtud de su autoridad y jurisdicción; este conocia de la causa por orden del pretor: aquel conocia sobre el hecho, este sobre el derecho: aquel administraba justicia en el tribunal, este en los escaños, por lo que se llama *pedáneo*. Lo

que se obraba ante aquel, se decia que se hacia *en el tribunal (in jure)*; lo que ante este *en juicio (in iudicio)*. Pero de este uso ya hicimos muchas observaciones en el §. 4181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdiccion la principal diferencia entre el magistrado y el juez, se pregunta, ¿en qué consiste aquella, y de cuántas maneras es? *Jurisdiccion* es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Así la define perfectamente Cujacio, *Paratitl. Dig. tit. De jurisd.* Y en esto mismo se diferencia del conocimiento del juez, que lo tomaba, no por derecho de magistratura, sino en virtud del derecho que le conferia el pretor. Diferente de esta jurisdiccion es el *imperio*, el cual es una especie de fuerza armada. Donde quiera pues que interviene no conocimiento solo, sino fuerza y coaccion, no es jurisdiccion sino imperio; por ejemplo, si se hace ejecucion, si se castiga á alguno con cárcel, palos ó suplicio. Este imperio es ó mero ó misto. El *mero* consiste en el derecho de la espada, ó de castigar á los facinerosos, el cual es llamado por los pragmáticos modernos *jurisdiccion criminal* ó *alta*; y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y constreñir; la cual tienen aquellos á quienes compete la *jurisdiccion civil*, para que puedan ejecutar sus sentencias, tomar prendas, multar y aún prender á las personas. En esto se diferencian la jurisdiccion y el imperio, aunque Noodt, *Tract. de jurisdic.*, L. 1. c. 1. y sig. y el ilustre Westenbergio, *Pand. tit. De jurisd.*, juzguen que ambas palabras tienen una misma

significacion. Volvemos á la jurisdiccion, que se divide de varios modos: una es (a) *voluntaria*, y otra *contenciosa*. Aquella es la que se ejerce entre los que lo quieren y consienten; mas claramente, en que ninguno defiende, ni hai que citar á la parte contraria. Tal jurisdiccion voluntaria tiene lugar en la adopcion, manumision, emancipacion, presentacion del testamento, etc. La segunda es al contrario la que no puede ejercerse sin citar y oír la otra parte; por ejemplo, si se entabla la accion en el foro, si se oyen los testigos, si se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho, pues 1º los actos de jurisdiccion contenciosa requieren juez competente; los de voluntaria pueden tratarse ante cualquiera, y aún por el juez en causa propia. 2º Aquellos se despachan en el tribunal; para estos puede estar el pretor en el baño, §. 2. *Inst. De libertin.* 3º Aquellos se habian de despachar en los dias de audiencia, estos tambien en los feriados. (b) La jurisdiccion es *ordinaria* ó *extraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de su jurisdiccion; esta se concede á algunos fuera de órden por lei especial; por ejemplo, los que tienen jurisdiccion, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia y de ejecutarla; por tanto estas son de jurisdiccion ordinaria. Mas no tenian en el Imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aquellos á quienes se habia concedido esta facultad por una lei especial, ó senadoconsulto, ó constitucion del príncipe; por tanto el nombramiento de tutor es un acto de jurisdiccion

extraordinaria. Estas especies se diferencian en el efecto, de modo que la jurisdiccion ordinaria puede delegarse á otro; no así la extraordinaria, *L. 1. pr. ff. De off. ejus cui mand. jurisd.* (c) La jurisdiccion es ó *propia*, ó *encargada*, ó *prorogada*. *Propia* es la que compete por la naturaleza de la magistratura: *encargada* la que el magistrado encarga á otro, mandándole que la desempeñe á su nombre; como si un magnate, revestido de jurisdiccion, por su impericia en el Derecho, traspasa la jurisdiccion á un jurisperito, el cual entónces se llama en Alemania *justiciarius*. *Prorogada* es cuando alguno litiga ante un juez incompetente, ó porque se somete á su jurisdiccion de propia voluntad, ó porque es reconvenido ante el juez, á cuya presencia citó á otro. Estas son las principales especies de jurisdiccion segun la jurisprudencia romana.

3. Por lo demas la esperiencia nos dice que no se distingue entre nosotros el magistrado del juez: el que es magistrado es tambien juez. Ni suelen entre nosotros los magistrados nombrar jueces pedáneos, sino que ellos mismos conocen del derecho y del hecho. Ya en tiempo de Justiniano parece se hallaba en desuso esta diferencia, pues dice el *§. ult. Inst. De interdict.*: en el dia todos los juicios son *extraordinarios*. Y juicios extraordinarios eran aquellos en que el mismo magistrado administraba justicia. Sin embargo de aquel antiguo rito quedó la distincion entre el cargo *noble* y el *mercenario*, del juez. Llamamos oficio noble, siempre que el juez puede decretar algo sin habérsele pedido;

por ejemplo, si puede mandar que se abonen las costas del pleito. Y oficio mercenario es, cuando no puede decretar sino lo que se le pida: así, por ejemplo, no decreta el juez la citacion sin que se la demanden.

§. MCCCXXX—MCCCXXXIII. II° Sigue la otra parte del titulo: cuál es el oficio del juez? Resp. 1° Juzgar rectamente conforme á las leyes y constituciones: así Justiniano, *pr. Inst. h. t.* Pero en el dia ha de invertirse el orden, pues lo primero de todo debe procurar el juez juzgar con arreglo á las *costumbres* de cada pueblo, porque ya vimos arriba, §. 72. 3, que derogan la misma lei. Donde no hai costumbres particulares, debe juzgar segun las *constituciones*, ó en las repúblicas libres, segun los *estatutos*, pues estos tienen mas autoridad que el Derecho romano, el cual solamente está recibido *como auxiliar*, caso de no haber lei ó costumbre nacional, §. 17. Últimamente, cuando no hai estatutos, ó al ménos si los estatutos no deciden el caso, se ha de juzgar conforme á las leyes, esto es, con arreglo al Derecho *comun* romano, ó solo, ó juntamente con el Derecho canónico, segun lo han establecido las diversas legislaciones de cada pais. 2° Ha de observar las leyes y el orden de proceder admitido en cada provincia; pues cuanto obre fuera de la legalidad, será nulo *ipso jure*; por ejemplo, si uno da sentencia sin oír á una de las partes. 3° Ha de ejecutar la sentencia, si adquiere la autoridad de cosa juzgada. No obstante guardan nuestras leyes la discrecion de conceder al reo que ha sido condenado en alguna cantidad, un peque-

ño plazo ó respiro, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal que aianze que pagará, §. 2. *Inst. h. t.* pues no siempre tienen pronto el dinero ni aún los ricos. Y de aquí es que suelen decir los pragmáticos: *ninguno está obligado á presentarse en juicio con el bolsillo ó talego de dinero.* Mas si uno ha sido condenado á la restitucion de la especie, por ejemplo, de una casa ó fundo, se ha de entregar al punto, pues esta puede restituirla el poseedor en cualquier momento, y no es necesario concederle plazo. *L. 9. ff. De rei vindic.* Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, ántes de que se me entregue: lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que lo declara, *L. 8. §. 4. ff. Si serv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y debería ser real, si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos, §. 429. (c) Se esceptúan sin embargo los tres juicios divisorios, *de señalar los límites, dividir las cosas comunes y partir la herencia*, en los que conseguimos al momento, sin la tradicion, el dominio de cuanto se nos adjudica (§. 329) §. *últ. Inst. h. t.*

## TÍTULO XVIII.

## DE LOS JUÍCIOS PÚBLICOS.

§. MCCCXXXIV—MCCCXXXIX. También se ha terminado ya la tercera parte de las Instituciones, á saber, la de las acciones, pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aquí, sino al público, puesto que habla de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como un apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos*. Son aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren también solamente la persecucion privada: estos al contrario turban la seguridad pública, y de aquí es que se vengan con público castigo, §. 1035. De donde se colige claramente por qué se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar á los facinerosos; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1º En los juicios privados hai actor; en los públicos acusador. 2º Aquellos los mueve la persona á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la mujer, ni el infame, escepto en el crimen de lesa majestad), ó también la misma sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal.

3º En aquellos solo afianza el actor que abonará las costas al reo vencedor, si es convencido de haber litigado temerariamente, §. 4314. 2; en estos debe señalar el crimen, obligándose con la pena del talion, si no lo prueba, *L. 7. pr. L. ult. C. De accus. et inscr.* 4º En aquellos se trata de la satisfaccion privada; en estos pide el acusador el castigo ó vindicta pública, ya sea ó no de pena capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil* (pues tambien se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, (§. 223) ó la *natural*, por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, ó á la decapitacion, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, *L. 28. pr. §. 11. L. 8. §. 1 y sig. ff. De penis*. Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad, *L. 6. §. ult. L. 8. pr. L. 28. ff. De penis*, pues los que la sufren, ni son privados de la vida, ni de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados: hai ahora que advertir que los crímenes públicos son, ó *públicos* por esceiencia, ó *extraordinarios*: llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y legitima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ejemplo y dignos de castigo, sobre los que no existe sin embargo lei particular, ni señalada por ella pena ordinaria; por lo que se castigan estos crímenes

extraordinariamente, atendidas las circunstancias. Por ejemplo, acerca de los adulterios existe una lei particular *de los adulterios*: luego el adulterio es un crimen público. Mas si uno rompiese los diques del Nilo, aunque seria esta maldad de fatal ejemplo, como no existe ninguna lei particular, seria castigado extraordinariamente. De los *crímenes extraordinarios* se trata en la última parte de la *L. 47. ff.* Ahora hablaremos brevemente de los *públicos propiamente dichos*. Tales son doce, sobre los que hai otras tantas leyes: 1º la lei julia de lesa majestad, §. 4340-4345; 2º la lei julia de adulterios, §. 4346-4355; 3º la lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros, §. 4356-4358; 4º la lei pompeya de los parricidas, §. 4359-4361; 5º la lei cornelia de los falsarios, §. 4362 y 4363; 6º la lei julia de la fuerza pública y privada, §. 4364 y 4365; 7º la lei julia del peculado, §. 4366 y 4367; 8º la lei fabia de los plagiarios, §. 4368; 9º la lei julia del soborno (*repetundarum*); 10º la lei julia de los que compran con dinero los cargos públicos (*de ambitu*); 11º la lei julia de la carestía de víveres (*de annoná*); y 12º la lei julia de los que roban el tesoro público administrándolo (*de residuis*), §. 4369 y 4370.

§. MCCCXL—MCCCXLV. 1. La lei julia de lesa majestad tan severa en sí misma, de tal modo la llenaron de saña Arcadio y Honorio en la *L. Quisquis C. Ad L. jul. maj.*, y es ya tan horrorosa, que mas bien parece escrita con sangre que con tinta. La lei julia, dada por Julio César, castiga todo hecho cometido directamente

contra la seguridad de la república, ó contra la majestad del sumo imperante, *L. 4. §. 1. ff. Ad L. juliam majest.* Es este crimen de dos maneras: *de estado (perduellionis)* y *de lesa majestad en especie (majestatis in specie)*. Dícese delito *de estado* el que se comete con ánimo hostil contra la república ó sus primeros ministros, *L. 5. pr. C. eod.*; y lo perpetran todos los que maquinan contra la república, matan al príncipe, ponen asechanzas á su vida y dignidad, ó se abrogan los derechos de la majestad etc. Hai un largo catálogo de semejantes maldades en la *L. 4. ff. eod.* Llámase reos *de lesa majestad* los que no obran hostilmente contra la república, pero ofenden al sumo imperante de palabra ó hecho; por ejemplo, los que profieren palabras injuriosas al príncipe. El primer crimen es mas horrible, y se castiga con mas severidad que todos los demas, pues 1º al reo de estado se impone el último suplicio, y según el uso moderno en Alemania se le divide en cuatro partes; en Inglaterra se le pone en la argolla, y sacándole de ella vivo, estraídos el corazon y los intestinos, se le divide en cuatro partes. En Francia es descuartizado por cuatro caballos. 2º Se condena despues de la muerte la memoria del que sufrió el suplicio, §. 3. *Inst. h. t.* De aqui es que en muchos pueblos está admitido que se derribe la casa del condenado, y se erija en el solar una columna, en que se inscriba para su oprobio la maldad cometida por su poseedor. 3º Todos sus bienes se confiscan, *L. ult. ff. L. 5. C. eod.*, á pesar de haber cesado la confiscacion en

los demas delitos, desde que Justiniano abolió la servidumbre de la pena, §. 83\*. 4º Tambien son infames los descendientes; y los varones, por ser sospechosos de venganza, están escludidos de la herencia de sus abuelos padres y estraños, y aún de toda esperanza de alguna dignidad; mas á las hijas se les deja la herencia legitima materna y de sus abuelos solamente, porque no tiene que temer de ellas el estado, *L. 5. 6. eod.* Tan atroz es la pena del delito de estado. Asimismo se observan muchas cosas extraordinarias en el modo de proceder, pues 1º aquí acusan todos, aún los inhábiles, por ejemplo, las mujeres, los infames etc. *L. 7. pr. ff. 2. L. 8. ff. eod.* 2º No puede el reo valerse de abogados, ni 3º de apelacion, sin embargo de ser causa de sangre y de perjuicio irreparable, *L. 5. §. 2. C. eod. L. 6. §. 9. De injust. rupt. irrit.* 4º Tambien pueden examinarse testigos inhábiles, *L. 7. §. 1. C. Ad L. jul. majest.*; tanto que antiguamente podian ser atormentados los siervos en la causa del señor; lo que no se hacia en ninguno de los otros delitos. 5º Se castiga el mero consejo, y aún el silencio, á saber, si uno tuvo noticia de una conjuracion y no la delató al magistrado; lo cual se halla claramente en la *L. 5. pr. §. 6. 7. C. eod.* Sin embargo de no haber hecho mas que repetir esto mismo el príncipe de los glosadores, Bártulo, incurrió Baldo en la sandez de decir, *L. 1. Consil. cap. 54.* que su alma debia de hallarse en los infiernos por semejante aserto. Qué absurdo! pues ¿quién dudará que el que en tiempo del rei Jacobo I de Inglaterra su-

po que algunos soldados querian incendiar con pólvora el edificio del parlamento, juntamente con el rei y los magnates de la nacion, y guardó silencio, delinquirió igualmente contra la sociedad, que si tuviera parte en el atentado? Se objetará que se resiente esto mucho de injusticia; pero, como dice Tácito, todo castigo ejemplar que se fulmina contra alguno por utilidad pública, tiene algo de injusto, *Annal. lib. XIV. c. 44*. El crimen de *lesa majestad* propiamente dicho, se castiga con alguna mas lenidad, pasando al reo por las armas, apaleándole ó desterrándole, segun lo exigen las circunstancias del hecho cometido, §. 2. *Inst. h. t.*, sin que sea digna de un buen príncipe aquella sentencia de la *L. ún. C. Si quis imperat. maled.* Si cualquiera hace verbalmente alguna ofensa contra el príncipe por lijereza, debe despreciársele; si por locura, es mui digno de commiseracion; si últimamente por injuria, debe perdonársele.

§. MCCCXLVI—MCCCLV. 2. La otra es la *lei julia de los adulterios*, que sin embargo de tener el nombre particular de adulterio, castiga no obstante otros delitos carnales, como la *vénus monstruosa* y *nefanda*, el incesto, el estupro y la *aleahueteria*. (a) Adulterio en el día es la violacion de la fe conyugal. Pero los romanos formaban distinta idea de este crimen, pues llamaban adulterio la corrupcion de la mujer casada ó desposada. Por tanto era adúltera la mujer casada que tenía trato ilícito, ya con otro casado, ya con célibe, y todos los que la desfloraban, eran adúlteros, bien fuesen

célibes ó casados. Mas si el marido trataba con soltera ó viuda, ni él ni ella eran adúlteros, porque no se había violado á una mujer casada ó desposada con otro, *L. 6. §. 1. ff. Ad L. jul. de adult.* La pena de este delito por la lei julia, dice Justiniano, que era la de muerte, §. 4. *Inst. h. t.*, y lo sostuvieron fuertemente los antiguos, aun Márcos Lyklama, *In membranis passim*. Sin embargo es esto falso, pues consta claramente por Paulo, *Recept. sent. lib. II. tit. 26. §. 44*, que Augusto, autor de esta lei, no quiso castigar con mas severidad á los adúlteros y adúlteras, que con la relegacion á una isla, y la confiscacion de la mitad de los bienes de ambos, y mitad de la dote de la mujer. El primero que estableció la pena de muerte, fué Constantino M., *L. 31. §. 1. C. Ad L. jul. de adult.* Y ha de tenerse presente que la lei julia concede tambien algo á los zelos y venganza privada; pero solamente al padre y marido de la adúltera. Sin embargo hai entre estos diferencia, pues (a) el padre puede matar al adúltero y á la hija cogidos en adulterio; el marido solamente al adúltero, no á la mujer adúltera. (b) Respecto de aquel es igual que encuentre á los adúlteros en su casa, ó en la del yerno: respecto de esto se requiere que los sorprenda en su casa, ó que para matar en otra parte al adúltero, le amenaze por tres veces, *L. 20. y sig. ff. Ad L. jul. de adult. y Nov. CXVII. 15*. (c) El marido solo puede matar al adúltero de vil condicion; el padre á cualquiera, *L. 24. pr. ff. eod.* (d) El mismo nombre escusa la definicion de la *vénus monstruosa* y *ne-*

*fanda*, pues nefanda quiere decir que no se puede hablar de ella honestamente. La pena á veces es la de quemar al reo vivo, otras la de muerte simplemente. Los criminalistas examinan los diversos casos. (c) *Incesto* es el comercio de dos personas que no pueden juntarse por consanguinidad, §. 458 y sig. Si pues uno tuvo trato carnal con su descendiente ó ascendiente, por ejemplo, el padre con la hija, el hijo con la madre ó el abuelo con la nieta, este incesto se llama *de derecho de gentes*; si con otras personas consanguíneas ó alines, *de derecho civil*. Las leyes romanas castigaban con la deportación el incesto de derecho de gentes, y el de derecho civil arbitrariamente, *L. 3. ff. De quæst. Nov. XII. c. 4*. Mas en el día siempre se impone la pena de muerte en el primer caso, *Carpz. Prax. crim. P. I. qu. 74*. (d) *Estupro* es la violación hecha sin fuerza de la virgen ó viuda que vive honestamente, *L. 6. §. 1. L. 34. pr. §. 4. ff. Ad leg. jul. de adult.* Con la ramera y prostituta no se comete estupro, sino deshonestidad (*scortatio*). La pena del estupro en las personas ilustres era la confiscación de la mitad de los bienes, y en las humildes pena corporal y relegación, §. 4. *Insl. h. t.* En el día se espía comunmente con pena pecuniaria en muchas partes bastante pequeña, y además tiene la estuprada acción para pedir que se la dote, y que se señalen alimentos á la criatura; y aún muchas veces se observa la regla de que, *ó se case ó la dote*, *Deuter. c. 42. v. 29*, especialmente si cometió estupro con palabra de matrimonio. (e) *Alcahuetería* es un crimen,

por el cual prostituye uno á otros las mujeres con el fin de lucrar, *L. 29. pr. ff. Ad L. jul. de adult.* Si uno prostituye á su hija ó mujer, tiene pena capital; si á otras mujeres, arbitraria, *Nov. XIV.*

§. MCCCLVI—MCCCLVIII. 3. Sigue la *lei cornelia de los asesinos, envenenadores y hechizeros*, dada por L. Cornelio Sula, dictador. (a) Llámase aquí *asesinos* todos los homicidas; y el homicidio es de tres maneras: *doloso*, que se hace con ánimo de matar, y por tanto con dolo malo: *culpable*, que se hace por culpa y negligencia, por ejemplo, si el médico cortase un pié atacado de gangrena, y despues descuidase al enfermo y le abandonase; *casual*, el que se verifica casualmente, por ejemplo, si reventándose mi escopeta por acaso matase á uno; al cual referimos el que se hace en la justa defensa, de que se ha hablado en el §. 1082. El doloso se castiga con pena capital, *Gen. cap. 9. v. 5 y 6*. ¿Y si niega el reo que lo hizo con ánimo de matar? Esto se infiere por el género de arma de que usó, *L. 1. §. 3. ff. Ad L. corn. de sic.*, pues á la verdad, si uno hiere á otro con una escopeta, y sin embargo dice que no tenía ánimo de matar, no será oído. El homicidio culpable se castiga arbitrariamente segun la culpa, como con baquetas, relegación, multa etc. El casual manifiestamente está fuera de pena, porque ninguno es responsable del acaso. De paso ha de notarse, que si uno corrompe á otro con dinero, para que mate á alguno, se llama *asesinador* (*assassinator*), y aquel que recibió el dinero y cometió la muerte, *asesino*. El primero sue-

le ser castigado con pena de muerte, este con quebrantamiento de piernas. (b) La voz *veneficium* se toma en dos sentidos: á veces significa el crimen de los que hicieron, vendieron ó dieron veneno con el fin de matar á algun hombre, *L. 4. §. 4. L. 3. pr. §. 4. 2. ff. cod;* y á veces denota el delito de los que matan á los hombres con sortilegios y encantos, §. 5. *Inst. h. t.* La pena de ambos delitos por Derecho romano es capital, *d. §. 5. Inst. h. t.* Pero en el dia á los que dan á beber venenos, si son varones, se les quebrantan los huesos; si son hembras, se las mete en un cuero y se las echa al agua. Los que tienen pacto con el demonio ó sortilegos (si es que los hai), son quemados vivos; á los que matan á los hombres con encantos, se les quita simplemente la vida. Seria largo tratar de todos los cuentos de viejas que creían los juezes antiguamente sobre este particular, y mas cuando hoy dia se procede con mas circunspeccion en la mayor parte de los países. Sobre este asunto gozan de reputacion los escritos del célebre Tomasio *De crimine magiæ.*

§. MCCCLIX — MCCCLXI. 4. Sigue la *lei pompeya de los parricidas.* Aunque en otros casos *parricidio* significa la muerte de los padres, sin embargo aqui se toma mas latamente el vocablo por todo homicidio cometido entre parientes consanguíneos y afines. Á la verdad en la *L. 4. pr. ff. Ad L. pomp. de parr.*, son comprendidos (a) entre los ascendientes cognados el *padre*, la *madre*, el *abuelo* y la *abuela*; (b) entre los colaterales el *hermano*, la *hermana*, el *primo hermano por par-*

*te de padre y de madre*, los *tios paterno y materno*, las *tias paterna y materna*, y la *prima por padre y por madre*; (c) entre los afines el *yerno*, el *suegro*, el *padraastro*, el *hijastro* y la *hijastra*; (d) se añaden el *marido* y la *mujer*, y (e) el *patrono* y la *patrona*. Alguno podria estrañar que no se hiciera aqui mencion de los hijos, cuando se hace de los hijastros; pero en el tiempo en que se dió la lei pompeya, todavia tenian los padres sobre los hijos el derecho de vida y muerte, §. 438. 4., y por tanto no era parricida el padre que mataba al hijo ó á la hija. La pena del parricida era gravísima, y está recibida en el dia con corta diferencia, pues (a) al parricida, como á indigno de todos los elementos, se le mete en un saco de cuero, y para que entre aquellas angustias mortales no goze del aire, ni del fuego, ni del agua, ni de la tierra, se le arroja al mar ó al rio. (b) Antes del suplicio se le daban baquetas de sangre; lo cual no está en uso al presente. (c) En el saco de cuero se metian juntamente *un perro*, *un gallo*, *una vibora* y *un mono*, porque tambien estos animales suelen cometer parricidios. Si no está próximo el mar ó el rio, mandan las leyes que se queme vivo al reo, ó se entregue á las fieras, *L. 9. pr. ff. ad L. pomp. de parr.*; pero en el dia no se hace mas que quitarle la vida.

§. MCCCLXII y MCCCLXIII. 5. La *lei cornelia de los falsarios* castiga varios crímenes, que todos consisten en la falsificacion ú ocultacion de la verdad. Tales son el *falso testamento*, si uno escribe un falso testamento, ú otro instrumento, lo adultera, ó lo supone. *La mo-*

*neda falsa*, si uno acuña ó pone en circulacion moneda falsa. *El testigo falso*, si uno da falso testimonio. *La susposicion del parto, la falsa medida y peso, el nombre falso tomado con el fin de engañar á otro*. La pena del siervo, si cometia alguno de estos delitos, era el último suplicio; y si era hombre libre, la deportacion ó confiscacion de bienes, *L. 1. §. ult. L. 27. fin. L. 32. ff. Ad L. corn. De fals.* En el dia es comunmente arbitraria la pena, segun la variedad de circunstancias. Solo dos falsedades se castigan con el suplicio capital: 1º Si uno dando testimonio falso, ha sido causa de que otro haya sido condenado á muerte: 2º el crimen de moneda falsa, cuya pena es arrojar á las llamas al que acuñó ó esparció moneda, falsa en la materia ó metal, *L. 2. C. de fals. monet.*

§. MCCCLXIV y MCCCLXV. 6. La sexta lei es *la julia de la fuerza pública y privada*, aunque estas mas bien son dos leyes. 1º Llámanse *fuerza pública* la fuerza atroz, especialmente armada, por la cual se altera la seguridad pública, *L. 10. pr. §. ult. ff. ad L. jul. de vi publ.*, á la cual se refiere tambien el rapto de las doncellas. 2º *Privada* al contrario es la fuerza menos atroz y cometida sin armas contra los particulares. Aquella se castigaba con la deportacion, §. 8. *Inst. h. t.*; el rapto de las doncellas se castiga por las leyes humanas con pena capital, *L. 11. L. 5. §. 2. ff. Ad L. jul. de vi publ.*; la fuerza privada se castiga con la infamia y confiscacion de la tercera parte de los bienes. El que altera en el dia la pública tranquilidad, es conde-

nado á pena capital, aunque en los mas de los casos es arbitraria la pena.

§. MCCCLXVI y MCCCLXVII. 7. La *lei julia del peculado y sacrilegios* castiga dos crímenes. *Peculado* es el robo del dinero público, cometido por el que lo administra: *sacrilegio* es el robo de la cosa sagrada en lugar sagrado, §. 9. *Inst. h. t.* La pena del primer delito era la deportacion ó el cuádruplo, *L. 6. §. ult. L. pen. ff. Ad L. jul. de pecul.* El sacrilegio se reprime unas veces extraordinariamente, otras con pena capital, *L. 9. pr. eod.* Aquella lei pareció necesaria, porque entre los romanos se castigaba el hurto mui blandamente; mas en el dia, en que es mas atroz la pena del hurto, á saber, la de horca, se castigan los reos de peculado y sacrilegos como los demas ladrones, al ménos entre los protestantes. Entre los católicos, el que roba el copon en que se guardan las hostias consagradas, es quemado vivo; y no es difícil adivinar el motivo de este rigor.

§. MCCCLXVIII. 8. La *lei fabia de los plagiarios* es de incierto tiempo y origen. Llámanse *plagiarios* los que roban los hombres, libres ó siervos. En el dia se llaman vulgarmente plagiarios los que se aprovechan de los libros de otros, y se adornan con plumas ajenas. Pero este delito no se castiga con ningun suplicio, sino con la mofa, como el delito de la corneja de Esopo. Los plagiarios propiamente dichos, son castigados unas veces con pena arbitraria, y otras con pena capital, segun la intencion que tuvieron y la gravedad del hecho; por

ejemplo, si un judío roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX. De los cuatro crímenes restantes no diremos nada, pues no es tanta la severidad de nuestros tiempos, que merezcan un gran castigo. Basta saber las definiciones. *Crimen de soborno (repetundarum)* es el que cometen los que reciben dinero en su oficio injustamente, por ejemplo, los jueces que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *de viveres (annonæ)* es, cuando uno acopia los viveres para encarecerlos. Cometen el crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y defraudan el dinero administrado. Pero la corrupcion de este siglo hace que en delitos de esta naturaleza,

*Parcatur corvis, vexet censura columbas.*

## APÉNDICE PRIMERO.

MODO DE CONCILIAR

EL DERECHO ROMANO

EN CASO DE UNA CONTRADICCION

ENTRE SUS DIFERENTES PARTES.

Cuando dos ó mas pasajes de los libros de Derecho romano contienen disposiciones diferentes ó contradictorias sobre una misma materia, ante todas cosas debe mirarse si esta contradiccion es solo aparente, y si se puede hacerla desaparecer por la correccion del testo ó por la interpretacion. Si no se puede, se parte de este principio: *Lex posterior semper derogat priori*. No obstante en los casos en que se encuentre una contradiccion, nunca se debe perder de vista el carácter particular de cada compilacion de leyes; y así sobre este punto hai varias reglas que observar: 1.<sup>o</sup> Cuando la contradiccion viene de que se ha derogado una lei por otra posterior, la última debe ser siempre preferida; por ejemplo, las *Novelas* tienen mas autoridad que la *Instituta*, las *Pandectas* y el *Código*; y entre las mismas *Novelas* las últimas anulan las mas antiguas. El

ejemplo, si un judío roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX. De los cuatro crímenes restantes no diremos nada, pues no es tanta la severidad de nuestros tiempos, que merezcan un gran castigo. Basta saber las definiciones. *Crimen de soborno (repetundarum)* es el que cometen los que reciben dinero en su oficio injustamente, por ejemplo, los jueces que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *de viveres (annonæ)* es, cuando uno acopia los viveres para encarecerlos. Cometen el crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y defraudan el dinero administrado. Pero la corrupcion de este siglo hace que en delitos de esta naturaleza,

*Parcatur corvis, vexet censura columbas.*

## APÉNDICE PRIMERO.

MODO DE CONCILIAR

EL DERECHO ROMANO

EN CASO DE UNA CONTRADICCION

ENTRE SUS DIFERENTES PARTES.

Cuando dos ó mas pasajes de los libros de Derecho romano contienen disposiciones diferentes ó contradictorias sobre una misma materia, ante todas cosas debe mirarse si esta contradiccion es solo aparente, y si se puede hacerla desaparecer por la correccion del testo ó por la interpretacion. Si no se puede, se parte de este principio: *Lex posterior semper derogat priori*. No obstante en los casos en que se encuentre una contradiccion, nunca se debe perder de vista el carácter particular de cada compilacion de leyes; y así sobre este punto hai varias reglas que observar: 1.<sup>o</sup> Cuando la contradiccion viene de que se ha derogado una lei por otra posterior, la última debe ser siempre preferida; por ejemplo, las *Novelas* tienen mas autoridad que la *Instituta*, las *Pandectas* y el *Código*; y entre las mismas *Novelas* las últimas anulan las mas antiguas. El

*Codex repetita prael.* es de mas fuerza que las *Pandectas* y que la *Instituta*, por ser mas nuevo y deber su existencia á una nueva revision del Derecho vigente. 2.<sup>o</sup> Cuando la contradiccion proviene de que en un pasaje se cita de un modo histórico el Derecho antiguo, mientras otro contiene el Derecho nuevo, es natural que sea preferido el último. 3.<sup>o</sup> Si la *Instituta* y las *Pandectas* están en contradiccion, y si esta no puede desaparecer por medio de correcciones y distinciones, en este caso es mayor la dificultad. Si se considera que Justiniano al formar las *Pandectas*, llevó por objeto instruir, pero sobre todo dar un libro de Derecho para la práctica, y que por el contrario la *Instituta* estaba destinada para la enseñanza; que fuera de esto el designio de este emperador no fué derogar las *Pandectas* por la *Instituta*; y en fin que las *Pandectas* deben mirarse en cierto modo como el original de donde se ha sacado la *Instituta*; es claro que deben preferirse las *Pandectas*, ménos cuando la *Instituta* contiene una disposicion mas reciente; que entónces *lex posterior derogat priori*. 4.<sup>o</sup> Si en una misma compilacion se encuentran contradicciones, debe preferirse la opinion confirmada por los compiladores; en caso de no haberla, no se puede sentar ninguna regla general (1). Para

(1) Justiniano no quiere reconocer semejantes antinomias en las *Pandectas*: en su *Const. Tanta*, §. 15. dice: *Contrarium autem aliquid in hoc codice (juris enucleati) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet.*

conciliar y esplicar dos textos así contradictorios, debe á la vez atenderse á la conexion histórica é interior de las materias donde se halla la contradiccion, á la analogía, al lugar que ocupan en la compilacion, á su antigüedad, á su naturaleza y á los principios en que están fundados; pero solo un intérprete instruido é inteligente puede fallar sobre casos particulares.

IDEA DE LA POSESION Y DE SU NATURALEZA EN  
EL DERECHO ROMANO.

§. I.

DE LA DETENCION.

La posesion en su sentido primitivo no es otra cosa que el resultado del hecho de tener una persona en su poder una cosa corporal, de manera que puede servirse é impedir que otro se sirva de ella. Esta relacion de hecho de un individuo con una cosa se llama *detencion*, y es el fundamento de toda idea de posesion (1).

(1) *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, à sedibus, quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. L. 1. pr. ff. lib. 41. tit. 2.*

## §. II.

## POSESION EN EL SENTIDO DEL DERECHO.

Para convertir la relacion de *detencion*, que en sí misma no es sino material, en una *posesion legal*, y por consiguiente en un origen de ciertos derechos, debe el poseedor de la cosa tener intencion (*animus*) de poseerla como propiedad suya (1). Si la intencion del que tiene una cosa, es solamente hacer uso de ella como propiedad ajena, se dice en el Derecho romano *non possidet*, es decir, que no posee la cosa legalmente, ó que *alieno nomine possidet*, lo cual significa que ejerce por otro el derecho de posesion (2).

## §. III.

## EFECTOS DE LA POSESION LEGAL.

Cuando la posesion es legal, da derecho á los interdictos, y conduce á la propiedad por medio de la usucapion (3). 1º El derecho *ad interdicta* supone la

(1) Sin embargo no debe confundirse la *posesion* con la *propiedad*. Se puede tener la posesion jurídica de una cosa sin ser su propietario, y *vice versa*, ser propietario de un objeto sin ser su poseedor: *Nihil commune habet proprietatis cum possessione. L. 12. ff. 41. 2.*

(2) Como sucede en el comodatario, depositario y arrendador.

(3) Estas consecuencias de la posesion legal son lo que se

existencia de una posesion legal, esto es, con *animus*; pero nada mas supone. Por eso el que ha adquirido la posesion de una cosa con violencia, ó que bajo otros respectos es poseedor injusto, puede segun esta regla recurrir á los *interdicta* (1). 2º La usucapion supone tambien la existencia de una posesion legal; pero no basta esta sola posesion para la usucapion. Se necesita ademas que haya empezado de *buena fe*, que esté fundada en una *justa causa*, y que el objeto de la posesion sea susceptible de usucapion.

## §. IV.

## DIFERENTES ESPECIES DE POSESIONES LEGALES.

Deben pues distinguirse dos especies de posesiones legales: *possessio ad usucapionem* y *possessio ad interdicta*. La conexion que hai entre estas dos posesiones, es que la *possessio ad usucapionem* supone algunas condiciones mas que la *possessio ad interdicta*; esta se contiene siempre en la primera (2); pero aque-

llama *jus possessionis* ó derecho de posesion; y este derecho es diferente del *jus possidendi*, que es el derecho de obtener la posesion de una cosa, el cual no pertenece á la materia que aqui tratamos.

(1) *Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto (uti possidetis) nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quo possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet. L. 1. §. 9. L. 2. ff. 45. 17.*

(2) Así el que posee *ad usucapionem*, tiene tambien dere-

lla puede existir sin la otra. Esta distincion de la posesion legal introdujo las diferentes espresiones de que se sirven los juriconsultos romanos, segun que consideran la posesion en sus relaciones legales con la *usucapion*, ó bien con los *interdictos*. 1º Solamente la *possessio ad usucapionem* se llama entre ellos *possessio civilis*; y se dice de aquel que posee de manera que puede usucapir, *civiliter, jure possidet* (1). Cualquiera otra posesion se llama *possessio naturalis*, por oposicion á la *possessio civilis*, importando poco que por otra parte sea una *simple tenencia la posesion legal*. 2º La *possessio ad interdicta* es en los escritos de los juriconsultos romanos la que debe entenderse por la palabra *possessio* tomada aisladamente, siempre que se emplee esta palabra para espresar una posesion legal, y tambien para este efecto se hace uso de la palabra *possidere* (2). Cualquiera otra posesion, esto es, la simple detencion, que ni aún da derecho á los interdictos, se llama tambien *possessio naturalis*. La simple

cho *ad interdicta*, escepto cuando este último derecho por razones particulares pertenece á otra persona, por ejemplo, al que ha recibido una prenda: *Qui pignore dedit ad usucapionem, tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet. L. 16. ff. 4. 3.*

(1) Véase la L. 3. §. 15. ff. 10. 4. *Sciendum est adversas possessorem hac actione agendum, non solum eum qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit ad exhibendum teneri placet.*

(2) §. 5. 1. 4. 15.

detencion se espresa además por las palabras, *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione.*

## §. V.

## OTRAS DIVISIONES DE LA POSESION EN GENERAL.

## POSSESSIO JUSTA VEL INJUSTA.

Respecto de la causa (*causa, titulus possessionis*), en virtud de la cual una persona posee una cosa ó la tiene en su poder, la posesion es *justa ó injusta*. 1º La *possessio justa* es aquella que ha empezado de una manera lícita, y cuya causa está autorizada por la lei, ya sea una posesion propiamente dicha para producir derechos, ya simplemente una detencion (1). 2º La *possessio injusta* es lo contrario; en ella se encuentran principalmente los tres vicios de la posesion, es á saber, que ha principiado de una manera *violenta, clandestina, precaria; vi, clam, precario* (2). Por lo que hace á la causa de la posesion, importa principalmente no olvidar la regla: *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Al principio esta regla era concierne á la antigua *usucapio pro hærede*, y significaba que el que habia empezado á poseer con titulo particular, no podia á su arbitrio y con la conciencia

(1) Esto demuestra la falsedad de aquella conclusion, *justé possidet, ergo possidet.*

(2) L. 1. §. 9. L. 2. ff. 43. 17.

de su injusticia, mudar su posesion en una *possessio pro heredem* (1). Con el tiempo parece que entre los mismos romanos fué interpretada en el sentido, de que el que solamente habia detentado una cosa, no podia por su sola voluntad mudar esta tenencia en una posesion legitima (2), del mismo modo que aquel que tenia una posesion simplemente legal y no *ad usucapionem*, no podia hacerla *possessio ad usucapionem* por el solo efecto de su detencion.

## §. VI.

## POSSESSIO BONÆ ET MALÆ FIDÆI.

La posesion es ademas ó posesion *bonæ fidei*, ó posesion *malæ fidei*. 1º El poseedor de buena fe es aquel que cree que ningun otro tiene mas derecho que él para poseer la cosa que posee (3); 2º y poseedor de mala fe aquel que sabe que no tiene derecho para poseer (4).

## §. VII.

NATURALEZA DE LA POSESION LEGAL CON *animus*.

*Su objeto, y personas que pueden tenerla.*

De la idea de la posesion con *animus* (§. II.) se si-

(1) L. 2. §. 1. ff. 41. 5.

(2) L. 1. §. 2. ff. 41. 6.

(3) L. 109. 50. 19.

(4) §. 39. L. 2. 1. L. 38. ff. 41. 3.

gue, que ciertas cosas no pueden ser objeto de ella, y que no puede pertenecer á ciertas personas. 1º Una cosa que no puede adquirirse en propiedad, tampoco puede ser objeto de una posesion legal (1); y por eso no se puede poseer una cosa que está fuera del comercio de los hombres. 2º Toda persona que no puede ser propietaria, es tambien incapaz de tener una posesion legal (2).

## §. VIII.

## COMPOSSESSIO.

Toda posesion es esclusiva por su naturaleza, es decir, que lo que es poseido por una persona, no puede serlo por otra. De consiguiente una misma cosa no puede ser poseída por muchas personas á un mismo tiempo, de manera que cada una de ellas la posea enteramente (*possessio plurium in solidum*) (3). Sin embargo muchas personas pueden poseer en comun las par-

(1) L. 30. §. 1. ff. tit. 2. Por esta razon entre los romanos un hombre libre, conocido por tal, no podia ser poseído.

(2) De aquí viene que entre los romanos los hijos de familia, los esclavos y los prisioneros de guerra eran incapazes de poseer; lo cual admitia sin embargo una escepcion respecto al peculio de los primeros.

(3) L. 3. §. 5. ff. 41. 2. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris.* L. 19. pr. ff. 43. 26.

tes intelectuales de una cosa, y esto es lo que se llama *compossessio* (1); ó pueden poseer una cosa bajo relaciones diferentes y con diversos efectos (2).

## §. IX.

## JURIS QUASI-POSSESSIO.

Propiamente hablando solo las cosas corporales pueden ser objeto de la posesion, porque solo ellas pueden ser detentadas (3). Pero como la posesion legal de una cosa corporal no es en el fondo mas que el ejercicio de hecho del derecho de propiedad sobre esta cosa, el ejercicio de los otros derechos, como de los de servidumbre, presenta alguna semejanza con una verdadera posesion. Los jurisconsultos romanos llamaron á esta especie de posesion *juris quasi-possessio*; y por esta denominacion entienden el ejercicio de un derecho, tanto respecto de los *interdictos*, como respecto de la *usucapion* (4).

(1) Aquí se supone que la parte de cada uno está determinada y conocida. *L. 3. §. 2. ff. 31. 2.*

(2) Como sucede con una cosa dada en prenda; el que la ha dado, la posee *ad usucapionem*, y el que la ha recibido, *ad interdicta*. *L. 16. ff. 41. 3.*

(3) *Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia. L. 3. pr. ff. 41. 2.*

(4) Por ejemplo, *L. 3. §. 17. ff. 43. 16.*

## § X.

## FICTA POSSESSIO.

Á veces sucede que alguno es mirado y tratado legalmente como poseedor, aunque no lo sea en realidad. Cuando esto sucede, se llama *ficta possessio*, y se observa en dos casos: 1º se halla en aquella persona *qui dolo possidere desit*, esto es, que se ha despojado de la posesion de una cosa con la intencion fraudulenta de hacer difícil que otro siga su derecho sobre la misma cosa (1); y 2º en aquel *qui liti se obtulit*, esto es, que se empeña, como si verdaderamente tuviese la posesion legal, en un pleito dirigido contra él por una cosa que no posee, ó que por lo ménos no posee legalmente (2).

## §. XI.

## DE LA ADQUISICION DE LA POSESION.

*Condiciones generales.*

Para la adquisicion de la posesion de derecho siempre son necesarios dos requisitos (3): 1º la *aprehen-*

(1) Solamente sucedia esto en la peticion de herencia. *L. 20. §. 2. ff. 5. 3.* Despues se estendió á todas las acciones *in rem*. *L. 27. §. 33. ff. 6. 1.*

(2) *L. 25. 26. 27. pr. ff. 6. 1.*

(3) *Adipiscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore. L. 3. §. 1. ff. 6. 1.*

*sion de la cosa*, esto es, la acción *in corpus*, por la cual el que quiere adquirir la posesion de una cosa, se pone en tal relacion con esta cosa, que él solo puede servirse de ella á su arbitrio: 2º es menester que esta *aprehension* esté acompañada de una voluntad determinada (*animus*), que tenga por objeto disponer de la cosa como *propia*. Cuando se encuentran reunidas estas dos condiciones, se ha adquirido ya la posesion (1).

## §. XII.

APREHENSION (*corpus*).

Para la *aprehension* no es necesario que se tome inmediatamente la cosa *corpore*; la *aprehension* consiste mas bien en que por una operacion corporal aquel que quiere adquirir una cosa, se ponga físicamente en estado de servirse de ella en todo tiempo á su voluntad. Por eso en el Derecho romano hai *aprehension* (a) para una cosa inmueble, 1º si el que quiere adquirir su posesion, ha puesto el pié en cualquiera parte de la heredad (2): 2º ó bien si el que era su poseedor, la

(1) Para adquirir la posesion de un fundo que otro posee, no basta la *aprehension* unida á la intencion, sino que además se necesita que el poseedor actual tenga conocimiento de la existencia de estas dos condiciones en otra persona, y que abandone voluntariamente la cosa (*Si vacuum tradit possessionem*), L. 18. §. 2. ff. 41. 2. ó sea despojado de ella con violencia (*Si dejicitur, repellitur*). L. 25. §. 2. L. 46. ff. 41. 2.

(2) L. 2. §. 1. ff. 41. 2.

muestra desde léjos al adquirente con intencion de trasferirle la posesion de ella (1). (b) Para las muebles hai *aprehension*, 1º cuando alguno toma la cosa con la mano (2): 2º cuando esta cosa cae en sus redes ó lazos (3): 3º cuando ha puesto á alguno junto á ella para guardarla (4): 4º cuando por orden suya se ha entregado á otro (5): 5º cuando se halla en medio de otras cosas ó efectos suyos (6): 6º cuando se le entregan las llaves del lugar donde está; lo cual sin embargo debe hacerse cerca del lugar (7): 7º en fin cuando pone su sello en la cosa y no pasa esta á la posesion de otra persona (8). Pero no se posee una fiera herida, aunque lo esté mortalmente, cuando todavía se va en su seguimiento (9); y lo mismo sucede con la caza encerrada en un parque, con los pezes de un estanque (10), y con un tesoro, que si bien se halla en un fundo que poseemos, no está todavía descubierto (11).

(1) L. 18. §. 2. ff. *ibid.*

(2) L. 1. §. 1. ff. *ibid.*

(3) L. 55. ff. 41. 1.

(4) L. 51. ff. 41. 2.

(5) L. 1. §. 21. ff. *ibid.* L. 79. ff. 46. 3.

(6) L. 18. §. 2. ff. 41. 2.

(7) §. 45. L. 2. 1. L. 74. ff. 18. 1.

(8) L. 14. §. 1. ff. 18. 6. L. 1. §. 2. ff. *ibid.*

(9) §. 13. L. 2. 1. *Multa enim accidere possunt, ut eam non capiamus.* L. 5. §. 1. ff. 41. 1.

(10) L. 3. §. 14. 15. ff. 41. 2.

(11) L. 3. §. 3. ff. *ibid.* L. 15. ff. 10.

## §. XIII.

INTENCION (*animus*).

La *intencion de poseer (animus possidendi)* consiste en la voluntad de disponer de la cosa que se ha aprehendido, como si fuera suya propia (§. XI); de donde se sigue, que aquel que no puede querer, es incapaz de poseer. Por consiguiente son incapaces de adquirir una posesion, 1º todas las personas morales (1); 2º los infantes (2); 3º los pupilos sin la autorizacion de su tutor, escepto no obstante cuando tienen una edad suficiente para conocer lo que hacen adquiriendo, y para querer formalmente hacerlo (3); y 4º los locos y los imbéciles (4). Cuando alguno detenta ya una cosa, adquiere la posesion de ella solo con la *intencion de poseerla (animus possidendi)*; y si el detentador obtiene un título á la propiedad de la cosa que detenta, empieza tambien desde entónces á ser su poseedor legal (5). Los jurisconsultos romanos llaman á esto adquirir *solo animo*, y los modernos *brevi manu*.

(1) L. 1. §. 15. ff. 47. 4. *Possessionem non habet*. L. 1. §. 22. ff. 41. 2. Sin embargo pueden adquirir la posesion por medio de representantes.

(2) L. 32. §. 2. ff. *ibid.* Const. 5. C. 7. 32.

(3) L. 1. §. 3. ff. *ibid.* Const. 26. C. 8. 54.

(4) L. 1. §. 3. cit. L. 18. §. 1. ff. *ibid.*

(5) L. 9. §. 5. ff. 41. 1. §. 44. L. 2. 1. L. 62. pr. ff. 21. 22. L. 9. §. 9. ff. 12. 1.

## §. XIV.

## CÓMO SE ADQUIERE LA POSESION POR MEDIO DE REPRESENTANTES.

Por lo demas podemos adquirir la posesion de una cosa, ya por nosotros mismos, ya por medio de otras personas que nos representen (1). En este último caso es preciso, 1º que nuestro representante aprehenda la cosa, no con intencion de poseerla para sí, sino en nuestro nombre (*animo non sibi sed alteri possidendi*) (2); 2º que aquel para quien ha de adquirirse la posesion, lo quiera realmente; y así no adquiere, cuando no sabe nada de la aprehension, esto es, cuando no ha dado orden á este efecto, ni lo ha pedido, ni ratificado (*ignoranti possessio non acquiritur*) (3); y 3º que entre el representante y aquel para quien quiere adquirir la posesion, exista ya una relacion de poder legal de parte de este último respecto de su representante, ó ya una relacion de representacion convencio-

(1) *Possessionem adquirimus et animo et corpore; animo utique nostro; corpore vel nostro vel alieno. Paulus Recept. sent. lib. 5. tit. 2. §. 1.*

(2) L. 1. §. 49. ff. 41. 1. Así en general el que no puede querer, tampoco puede representar á otra persona en la adquisicion de una posesion. L. 1. §. 9. 10. ff. *ibid.*

(3) L. 42. §. 1. L. 1. §. 5. 22. L. 2. L. 44. 3. §. 12. ff. 41. 2. L. 31. §. 3. L. 41. 3. L. 13. §. 1. ff. 41. 1. Conf. Const. 1. C. 7. 32. L. 49. §. 2. ff. 41. 2.

nal. En el primer caso el representante adquiere en virtud de una orden (*jussus*) (1), y en el segundo en virtud de un mandato (*mandatum*) (2).

## §. XV.

MANERA DE ADQUIRIR UNA *quasi-possessio*.

Para adquirir una *quasi-possessio* (§. IX) son también precisos *corpus* y *animus*. El goze del derecho constituye aquí la relación corporal; y la intención (*animus*) consiste en que se use como de un derecho, de la facultad que es objeto de este mismo derecho (3). Si se trata de adquirir la *quasi-posesion* (a) sin convención y solo por la voluntad de la parte que adquiere, es preciso, 1.º si es un *derecho afirmativo*, que el que pretende adquirirlo, no lo ejerza sin conocimiento de aquel cuyo derecho restringe (4); 2.º si es un *derecho negativo*, se necesita que aquel cuya libertad es restringida por este derecho, haya querido hacer alguna cosa para contradecir el derecho pretendido; que la otra parte haya obstado y el primero desistido (5). (b) Por el contrario, si el derecho de que se trata, se deri-

(1) Como sucede con los esclavos é hijos de familia. *L. 1. §. 5. 6. 8. L. 49. pr. ff. 41. 2. L. 21. ff. 41. 1.*

(2) *Paulus. loc. cit. §. 2. L. 41. ff. 41. 3. L. 13. pr. ff. 41. 1.*

(3) *L. 25. ff. 8. 6. L. 7. ff. 43. 19.*

(4) *L. 10. pr. ff. 8. 5.*

(5) *L. 6. §. 1. ff. ibid. L. 1. §. 2. ff. 8. 3.*

va de una convención, la posesión de él, en caso de ser *negativo*, se adquiere por la convención misma; pero cuando es *afirmativo*, se acaba de adquirirla por el ejercicio no impedido de la facultad que es su objeto (*quasi traditio*) (1).

## §. XVI.

## DE LA PÉRDIDA DE LA POSESION.

*Regla general.*

La posesión, una vez adquirida, dura tanto tiempo como existen las dos condiciones (*corpus et animus*). Si las dos ó una de ellas desaparece, la posesión tiene que acabarse (2). Así como la adquisición de la posesión exige un acto *formal*, corporal y espiritual, del mismo modo para perder esta adquisición se necesita un *acto contrario* (*in contrarium actum*), y este acto debe emanar de las causas que concurren en la adquisición, del *corpus* y del *animus* (3).

(1) *L. 20. ff. 8. 1. L. 3. pr. ff. 7. 1.*

(2) *L. 44. §. 2. L. 3. §. 6. 13. ff. 44. 2.*

(3) Este es el sentido del conocido pasaje que se presenta dos veces en la *L. 8. ff. 41. 2.* y en la *L. 153. ff. 50. 17*: *Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. — Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

## §. XVII.

## APLICACION DE ESTA REGLA.

*Pérdida de la posesion por un acto corporal.*

En cuanto á la primera condicion de la posesion, esto es, en cuanto á la relacion corporal en que estamos con la cosa poseída, no se necesita para que continuemos siendo poseedores, que tengamos sobre esta cosa un dominio físico ó inmediato, como cuando se trata de adquirir la posesion de ella; sino que basta que nos sea en todos tiempos posible ejercer este dominio, siempre que queramos. Así que no se pierde la posesion de una cosa solo porque se está léjos de ella (1), y por consiguiente se puede hacerla detentar por otro (2). La posesion no se pierde, sino cuando por algun hecho llega á ser imposible al poseedor obrar físicamente sobre la cosa (*si in contrarium actum est*); y sucede, 1º en las cosas muebles, cuando otra persona se apodera de ellas ya por violencia, ó ya por ladroncio (3), ó cuando las perdemos (4), ó bien cuando los animales domésticos

(1) *Pauli Recept. sent. V. 2. 1. L. 3. §. 7. 13. L. 44. pr. ff. 41. 2.* Los romanos llamaban á esto *solo animo retinere possessionem*, y los modernos lo llaman *possessio mentalis*.

(2) *L. 18. pr. ff. 41. 2. Nam possidet cujus nomine possidetur.* (§. II.)

(3) *L. 15. ff. 41. 2.*

(4) *L. 25. pr. ff. ibid.*

se han extraviado, ó se han escapado los bravos, y cuando los animales que se habían amansado, han perdido la costumbre de volver (1): 2º en las cosas inmuebles, cuando por un acontecimiento, independiente del hecho del hombre, es despojado de su dominio el poseedor (2), ó cuando otra persona viene á echarle de él (*si dejicitur*). La ausencia sola no basta para hacernos perder la posesion de una cosa, de que otros se han apoderado sin saberlo nosotros; esta pérdida no se verifica sino en el caso de que queriendo hacer valer nuestros derechos sobre la cosa, seamos rechazados (3).

## §. XVIII.

PÉRDIDA DE LA POSESION *animo*.

Por lo que hace á la segunda condicion, es preciso notar que no cesamos de poseer, cuando momentáneamente cesamos de tener *animus domini*. Para perder la posesion, se necesita que nuestra intencion de renunciar á ella sea positiva (*si in contrarium actum*

(1) *L. 3. §. 13. 16. ff. ibid.*

(2) *L. 3. §. 17. L. 30. §. 3. ff. ibid.*

(3) *L. 46. ff. 41. 2. Quamvis proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. — L. 25. §. 2. ibid. Usque eò possidemus, donec revertentes nos aliquis repellit.* (§. XI. not. 2.)

*est*) (1); lo cual puede suceder espresa ó tácitamente: en el último caso el acto de que resulta la pérdida de la posesion, se llama *abandono* (2). Aquel que no puede querer, no puede cesar de querer, y por consiguiente no puede perder la posesion *animo* (3).

## §. XIX.

PÉRDIDA DE LA POSESION *corpore et animo*.

Piérdese la posesion de una cosa *corpore et animo*, cuando esta cosa se entrega á otro con intencion de que este la posea como suya (*si vacuum tradit possessionem*) (4). Algunas veces sucede que el poseedor se pone en tal relacion con otra persona, que ya no posee sino para ésta, la cosa que antes poseía para sí mismo, y esto es lo que llaman los modernos *constitutum possessorium* (5).

## §. XX.

## PÉRDIDA DE LA POSESION POR EL HECHO DE UN REPRESENTANTE.

Adquiérendose la posesion por un representante (§.

(1) L. 3. §. 6. L. 30. §. 4. ff. 41. 2.

(2) L. 37. §. 1. ff. 41. 3.

(3) L. 27. ff. 41. 2. *Furiosus non potest desinere animo possidere*. L. 29. *ibid*.

(4) L. 33. L. 18. §. 2. 41. ff. 2.

(5) L. 18. pr. ff. *ibid*. L. 77. ff. 6. 1. *Const.* 28. C. 8. 54.

XIV), puede tambien ser conservada y perdida por el mismo medio, como vamos á ver con mas individualidad. 1º La posesion puede perderse en beneficio del representante mismo; pero la mudanza de voluntad no basta en este caso para la enajenacion de la posesion, sino que ademas es preciso de parte del representante un acto corporal que consista, (a) para las cosas muebles, en quitarlas de su lugar con intencion de hurtarlas (*furtum, contrectatio*) (1) (b) y para las inmuebles, en escluir de su heredad al poseedor (2). 2º Púedese por medio del representante perder la posesion en beneficio de un tercero, como sucede en todos los casos en que el mismo poseedor hubiera perdido la posesion, si hubiera estado en el lugar del representante, es decir (a) para las cosas muebles, cuando el representante las pierde, se las roban (3), ó él las entrega á otro (4); (b) y para las inmuebles, cuando el representante es desposeído de ellas con violencia, y en este caso el representado pierde tambien su posesion (5); porque si el representante sufre solamente por descuido (*desidia*), ó por dolo (*dolo*), que un tercero se apodere de la co-

(1) L. 3. §. 18. ff. 41. 2. Exceptuase sin embargo el caso en que el representante que quiere tambien apropiarse la posesion, está bajo la potestad del poseedor. L. 15. ff. 41. 2.

(2) A causa de la L. 25. §. 2. L. 46. ff. *ibid*. (§. 17. not. 7.) L. 12. L. 18. pr. ff. 43. 16.

(3) L. 25. pr. L. 15. L. 3. §. 13. 16. ff. 41. 2.

(4) L. 33. §. 4. ff. 41. 3.

(5) L. 1. §. 22. ff. 43. 16.

sa, el representado no pierde la posesion, sino en el caso de que queriendo hacer valer su derecho, sea rechazado por este tercero, ó en el de que no se atreva á atacarle (1). 3º Por el contrario la posesion no se pierde por el representante, cuando este trasfiere á otro solamente la *detentacion* de la cosa (2), cuando muere ó se vuelve loco (3), y cuando ha abandonado la cosa sin que otro se haya apoderado de ella (4). 4º Se conserva tambien la posesion, aún cuando el representado fuese escluído de su fundo, si el representante se mantiene en la *detentacion* de la cosa (5).

## §. XXI.

## DE LOS INTERDICTOS.

Los interdictos entre los romanos eran unas órdenes del pretor, por las cuales en ciertos casos determinados por el edicto mandaba directamente hacer tal cosa ó abstenerse de hacerla; y se llama tambien *in-*

(1) *Const. 12. C. 7. 32*, que no debe entenderse sino de las cosas inmuebles, tanto á causa de la *L. 3. §. 3. 8. ff. 41. 2.* como de la *L. 33. §. 4. ff. 41. 3.*, y de las palabras: *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus.*

(2) *L. 30. §. 6. ff. 41. 2.*

(3) *L. 25. §. 1. ff. ibid.*

(4) *L. 3. §. 8. L. 44. §. 2. ff. 41. 3.*

(5) *Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (unde vi) experiri: quia per eos retinco possessionem, qui defecti non sunt. L. 1. §. 45. ff. 43. 16.*

*terdicto* la fórmula empleada en estas órdenes del pretor. Los interdictos tenian principalmente lugar en los litigios relativos á la posesion, y se diferenciaban de las acciones propiamente dichas, sobre todo en que en estas por lo regular conocia el pretor por sí mismo del asunto, y no determinaba inmediatamente sobre la demanda puesta ante él, sino que tansolo establecia un juez, y le daba poder para formar el espediente (*judicium dabo*); miéntras en los *interdictos*, por la simple reclamacion de una parte espedia el mismo inmediatamente una orden ó prohibicion con arreglo á las disposiciones de su edicto (1). Por esta razon se ha dicho, que en semejantes circunstancias *prætor principaliter auctoritatem suam, finiendis controversiis proponit*. Solamente en el caso de que el demandado negase el hecho ó propusiese otros medios de defensa, constituía el pretor un juez, y entónces el pleito seguia los trámites ordinarios. Esta diferencia entre la *accion* y el *interdicto* corresponde á la antigua distincion entre el *ordo judiciorum privatorum* y la *cognitio extraordinaria*; por consiguiente debió desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum*; y esta es la razon por que en el Derecho moderno se consideran como acciones los interdictos (2).

(1) Por ejemplo, *Vim fieri veto, exhibeas, restituas.*

(2) §. 8. I. 4. 15.

## APÉNDICE SEGUNDO.

ORÍGEN, PROGRESOS É INFLUENCIA

QUE HA TENIDO

EL DERECHO ROMANO

EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA.

Quando los fenicios, que ocupaban la provincia marítima de la Siria, traficaban 1600 años antes de J. C. en las costas del Mediterráneo, ya estaba poblada y civilizada la España, y algunos de sus pueblos se regian por leyes compuestas en verso (1); y aunque no tenemos noticia alguna del número é índole de ellas, es de presumir fuesen cortas y sencillas, como todas lo son en la infancia de las naciones. Mas los españoles, tocados al principio, bien pronto con el trato de estos extranjeros aprendieron las letras, la navegacion, el comercio, las artes y las ciencias, y se hicieron uno de los pueblos mas cultos del mundo.

(1) *Estrab.* l. 3. cuenta, que los turdetanos (hoi día andaluzes) tenían leyes, segun ellos decian, de mas de 6000 años atrás.

Por los años 776 antes de J. C. y 47 de Roma, los samios arrojados por un temporal hácia las costas de España, fueron los primeros de los griegos que llegaron á Tartesia (hoi Tarifa) ó á Cádiz, donde vendieron las mercancías que llevaban al Egipto, volviéndose despues contentos á su país. Las riquezas que adquirieron, escitaron á otros comerciantes del Asia á probar fortuna en nuestras costas; y así se hizo mucho mas frecuente el comercio de los griegos asiáticos con la España.

La ciudad de Cartago, fundada por los tirios 900 años antes de J. C., que con el comercio y navegacion habia adquirido inmensas riquezas, y con ellas una ambicion insaciable, y que careciendo de territorios fértiles en su patria, aspiraba á engrandecerse por medio de un sistema de colonias, bastante análogo al que posteriormente han adoptado algunas naciones modernas; envió 800 años antes de J. C. una colonia á Ebusa, que es la Ibiza de hoí, desde donde empezó á hacer un comercio activo en las costas de España. Las enemistades que se suscitaron entre los griegos y cartagineses, los hizo venir á un rompimiento, y habiéndose disputado nuestras posesiones, vemos cien años despues á los cartagineses dueños ya de Mallorca y Menorca; y prevalidos, ora de la astucia, ora de la fuerza, ir conquistando parte de la España.

Rota la paz entre las repúblicas de Cartago y Roma, creyó esta oprimir á su enemiga arrojando á los cartagineses del suelo español, de donde sacaban las prin-

principales riquezas en que consistía toda su fuerza; y los diputados del pueblo romano, para que eligiesen los africanos entre la paz y la guerra, pasaron á la Península, con el encargo de formar alianza con los españoles é interesarlos en una lucha, que solo debía terminarse por la ruina de una de las dos ciudades competidoras. Cansados estos naturales de la dominación cartaginesa, tomaron algunos de ellos las armas en favor de los romanos creyéndolos sus libertadores; y la nación, dividida entre ambos partidos, derramó arroyos de sangre para someterse al yugo extranjero. Finalmente los cartagineses fueron vencidos, y la España quedó enteramente libre de ellos en el año 546 de Roma.

Más ni los fenicios, que fundaron colonias en las costas de Andalucía, ni los griegos, que las establecieron en las de Cataluña, ni tampoco los cartagineses llegaron á dar leyes en estas provincias, limitándose los unos al lucro que sacaban por medio del comercio, y los otros á exigir contribuciones del país que dominaban: y así las primeras leyes extranjeras que se conocieron en España, fueron las romanas.

#### PRIMERA ÉPOCA.

##### ESPAÑA ROMANA.

Destruída Cartago, volvieron los romanos sus armas victoriosas contra los naturales de la Península, y des-

pues de dos siglos de continua lucha, quedó España sujeta al Imperio romano. Pero en los 200 años que duró la conquista, desde que *Cneo Escipion* entró con ejército la primera vez en Cataluña por los años 218 ántes de la era vulgar, hasta que *Agripa* feneció la guerra cantábrica, se derramó tanta sangre romana, perecieron tantos cónsules y pretores, y se sepultaron tantas legiones, que estuvo por mucho tiempo indeciso quién sería la dominadora; con la particularidad que nuestra nación, que fué la primera donde llegaron con armas los romanos, fué la última que conquistaron.

En todo el tiempo de la república no puede considerarse la España como provincia romana, ni introducidos su legislación, lengua, ritos, usos y costumbres, de modo que sustituyesen á los nacionales. Porque las leyes que hacen estos cambios, siguen por doquier á la dominación; y así á medida que iban subyugando el país, las introducían en los pueblos pacificados, con la distinción que se derivaba de los principios que tenían adoptados. Los romanos formaban tres clases distintas de los pueblos sometidos: colonias romanas, latinas y municipios. Las colonias romanas, que lo eran Córdoba, Sevilla y Cádiz (1), y otras varias que formaron posteriormente, se regían por las leyes de Roma. Las latinas (2), como Carteya (3), Valencia y otras varias se

(1) *Estrab. l. 3. c. 11.*

(2) *Lib. 1. 4.*

(3) Carteya fundada en el año 169 ántes de J. C., 580 de Roma, estaba situada cerca de Algeciras en el Estrecho, donde

governaban igualmente por las leyes romanas, pero sin el privilegio de la ciudad (1); y los municipios (2) y demas pueblos se regían por las leyes municipales y propias.

Para mayor facilidad de la conquista se dividió la España en el año 195 ántes de J. C., 553 de Roma, en citerior y ulterior (3), y las dos eran regidas por los capitanes generales que pasaban á ella con el título, ya de pretores, ya de cónsules (4). Así permaneció hasta que, derrotados los belicosos cántabros por Agripa, y dueños ya los romanos de toda la Península, la dividió Augusto en Bética, Lusitania y España Tarraconense (5). Y deseando este emperador sacar toda la utilidad que le proporcionaba la suerte de las armas, impuso en el año 38 de J. C., 711 de Roma, un tributo perpetuo á la España para la capital del mundo; y este fué el origen de la *Era* llamada *hispánica*, que empieza 38 años ántes que la vulgar (6).

hoi se halla la torre llamada *de Cartagena. Mar. Historia de España.*

(1) Aul. Gelio.

(2) *Ulp. l. 1. ad municip.*

(3) César, *de bello civili.*

(4) Masdeu, *Hist. crit. de España.*

(5) Apiano en *Iberis.*

(6) Tomó este nombre de la voz latina *as aris*, que significaba la moneda de cobre que se pagaba al príncipe, por cuyo motivo en tiempos antiguos se llamaba la *Era del arambre*. De esta era ó época se han servido todos nuestros historiadores y Concilios en España para la cuenta de los años hasta el

Tampoco descuidaron los romanos establecer tribunales de justicia, en los que se ventilasen los negocios contenciosos de las partes, pues que la Bética tenia cuatro Audiencias ó conventos jurídicos, en los que se juzgaban los pleitos, á saber, Cádiz, Écija, Córdoba y Sevilla: tres la Lusitania, Mérida, Badajoz y Santaren; y siete la España Tarraconense, Cartagena, Tarragona, Zaragoza, Coruña, Astorga, Lugo y Braga (1), por los cuales, y por los procónsules, legados y presidentes, prefectos y pretores, se gobernaba ademas en lo político y militar.

Tal era el estado de la legislación romana en España cuando en el año 140 del Señor, 891 de la fundación de Roma, Antonino Pio hizo ciudadanos romanos á todos los súbditos del Imperio (2), sometiéndolos á las leyes romanas. Desde cuyo tiempo los privilegios que se habian hecho propios de los ciudadanos de Italia, se estendieron á todas las provincias del Imperio. Las máximas saludables de gobierno que habian asegurado la paz y la sumisión del Lacio, penetraron en las comarcas mas remotas; y así todo el Imperio se llenó de ciudadanos romanos sujetos al mismo yugo, llenos del mismo espíritu, gobernados por las mismas leyes y capacidades de las dignidades de Roma; y la España puede con-

de 1361, en que el rei Don Juan el primero de Castilla la derogó en las Cortes de Segovia, uniformándose con los reinos de Aragon, donde ya ántes se habia derogado.

(1) *Plin, lib. 3. cap. 1 y 3.*

(2) *L. In orbe, de statu hominum.*

tarse desde aquel tiempo propiamente como una provincia romana. Por eso se hallan, tanto del tiempo antecedente como del posterior, leyes que fueron de esta provincia, en el cuerpo del Derecho de Justiniano; y de la misma suerte es seguro que el Código teodosiano tuvo observancia en ella, como se colige de la Novela 35 del mismo Teodosio.

Nuestros españoles-romanos, que con su inalterable valor llenaron de gloria las águilas romanas, á cuyas sombras combatian, y que merecieron por su constante fidelidad que en el año 42 ántes de J. C., y 707 de Roma, los eligiese Octavio para la guardia de su persona, fueron no ménos célebres en las letras que guerreros temibles en los combates; pues ya en tiempo de Ciceron eran respetados por su sabiduría, no dudando afirmar este orador en presencia de todo el senado, que los de Cádiz eran hombres sabios y bien instruídos en el Derecho público. Y los grandes emperadores Trajano y Teodosio, y los inmortales Marcial, Quintiliano, Columela, Séneca, Pomponio Mela y otros insignes escritores que produjo la España romana en filosofía, jurisprudencia, gramática y retórica, convencen hasta la evidéncia que ninguna nacion del mundo escede á la nuestra en ingenio y valor, cuando por circunstancias particulares no están amortecidos estos dotes.

## SEGUNDA ÉPOCA.

*España goda hasta el reinado del santo rei D. Fernando III de Castilla.*

Cuando la España toda era regida por leyes romanas, á consecuencia del universal dominio que de sus provincias habian adquirido los emperadores, esperimentó una novedad, cuyos efectos legislativos han subsistido hasta nuestros dias. Los godos, los descendientes de aquella nacion, no ménos antigua que fuerte, de los getas, de quienes decia Alejandro Magno que se debia huir, Pirro tuvo miedo y César se espantó (1); entraron en España el año 409 de J. C. en el octavo consulado del emperador Honorio y tercero de Teodosio, hijo de Arcadio (2), haciéndose señores de toda ella en virtud de conquistas progresivas, espelidas unas naciones bárbaras, y aniquiladas ó sujetas otras (3).

Era consecuencia forzosa del dominio soberano la introduccion de leyes conforme al espíritu, genio y carácter de aquellas gentes; pero mas hechas á las armas

(1) San Isidoro en la *Hist. de los godos*, proemio.

(2) Flórez, *España sagrada*, tom. IV.

(3) Los vándalos con su rei Gunderico, los alanos mandados por Atáces, los suevos bajo las órdenes de Hermenerico y los silingos que tenian á su frente á su general Respéndias, entraron en el año 409 de J. C., y repartieron entre sí la España. Mariana, *Hist. de ella*.

que á las leyes, no las establecieron por escrito en los primeros reinados, contentándose para el gobierno de las provincias conquistadas con los usos y costumbres traídos del norte. Mas posteriormente, sucediendo la paz al estrépito de la guerra, empezó el reinado de la lei, y los vencedores trataron de consolidar por medio de la legislación el nuevo reino que poco ántes habia fundado su valor.

Esta legislación puede considerarse como dividida en tres épocas: la primera de leyes usuales; la segunda de escritas, y la tercera de leyes reunidas (1). Duró la primera desde Ataúlfo primer rei, hasta Eurico; la segunda corrió desde Eurico hasta Chindasvinto, y entónces empezó la época tercera (2).

Efectivamente, habiendo Eurico conquistado en 471 todas las provincias de España que tenían los romanos, fué el primero que dió á los godos leyes por escrito; pero las circunstancias políticas en que se halló este monarca, no eran á propósito para formar una legislación la mas completa. Así es que inmediatamente que su hijo Alarico tomó las riendas del gobierno, mandó publicar un nuevo código legislativo, conocido con el nombre de *Lei romana*, compilado por el conde Goyarico, aprobado por los obispos y magnates, y escrito y

(1) Cortines, *Década legal*, §. 13.

(2) Marina en su *Ensayo histórico-crítico*, lib. I. §. 30 y siguientes, prueba que no fué Sisenando, como creyeron varios eruditos varones, el primer autor del *Fuero-juzgo*, sino Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio.

publicado por Aniano, como refrendario y canciller de Alarico, en el año 22 del reinado de este monarca, reduciendo á compendio y extractando las leyes de los códigos gregoriano, hermogeniano y teodosiano, y las Sentencias de Paulo, las Instituciones de Gayo, y las Novelas de varios emperadores.

En este estado permaneció la legislación nacional hasta que Flavio Chindasvinto, casi dos siglos despues, subió al trono en 642; y considerando que las leyes romanas usadas hasta entónces en el foro eran muy oscuras, defectuosas y complicadas, aunque por otra parte escritas con majestad y elocuencia, determinó anularlas en todo su reino, y publicar un nuevo código que sirviese de norma y regla en las edades siguientes, al cual se dió el nombre de *Liber judicium* (1). Su hijo Recesvinto lo aumentó considerablemente, y prohibió bajo rigurosas penas que ninguno usase de otras leyes para la decisión de las causas, sino de las contenidas en el nuevo código que se acababa de publicar: pero la prohibición solo se estendia á las causas futuras, y no á las que traían su origen del tiempo anterior, conservando para ellas el Derecho romano, como espresamente se permitió en una lei del *Fuero-juzgo* (2). Desde esta época hasta el año 682, segundo de Ervigio,

(1) Lei 9. lib. 2. tit. 1. *For. jud.*

(2) Al *Fuero-juzgo* se le dan tambien en sus mismas leyes, en los Concilios y Cortes y en los códigos mas antiguos los nombres de *codex legum*, *liber legum* y *liber gothorum*.

no se hizo novedad particular en el cuerpo legislativo. Pero no pareciéndole bien á este príncipe el estado de la legislación nacional, por la confusión y oscuridad que tenían unas leyes establecidas en tan diferentes tiempos por sus predecesores, y notando que algunas eran imperfectas, otras crueles y sanguinarias, y que no pocas se habían hecho inútiles, por estar derogadas por otras posteriores; determinó publicar nuevas leyes, dar mejor orden á las antiguas, y corregir y enmendar las defectuosas; con lo que puso al código visigodo en el estado en que hoy lo disfrutamos.

Sus leyes, cuyos autores fueron Chindasvinto, Recesvinto y Ervigio (pues ellos las compilaron, autorizaron, reformaron y publicaron), fuera de varias de Recaredo y algunas pocas de sus sucesores, ordenadas en los Concilios toledanos ó apoyadas en costumbres góticas, son puramente romanas extractadas de los códigos teodosiano, alariciano, y acaso del de Justiniano; unas conservadas literalmente, y otras corregidas y mejoradas (1). El método y claridad de este insigne código son admirables; el estilo grave y correcto; las mas de las leyes respiran prudencia y sabiduría; en fin es cuerpo legal

(1) El doctor Canciani dice: « Wisigotorum codex ita comparatum est ut jus nec mere barbarum referat, neque mere romanum; adeo ut vere dici possit corpus Juris romano-barbari, in quo plura forte ex romanâ themide quam ex barbarorum institutis petita sunt. » *Leg. wisigot. monit.*, pag. 51.

mui superior al siglo en que se escribió, é infinitamente mejor que cuantos por su tiempo se publicaron en las nuevas sociedades políticas de Europa (1).

No mucho despues uno de los califas, nacido en las ardientes arenas de la Arabia, conquistador del Asia y de la mayor parte del África, que mandaba en la Mauritania, hizo á principios del siglo octavo que sus tropas pasaran el Estrecho al mando del valiente Tarif, y llevasen tras sí la muerte y destruccion de cuanto se les ponía por delante. Desbaratados los godos en cuantos encuentros tuvieron, y muerto su último rei Don Rodrigo con la mayor parte de la nobleza en la memorable batalla del Guadalete, los árabes ocuparon la capital del reino gótico, y se derramaron á manera de un torrente de lava por la España, trastornando nuestras antiguas leyes y gobierno. Las reliquias de nuestro ejército que pudieron salvarse del furor mahometano, y algunos pocos ciudadanos, temerosos del alfanje sarraceno y zelosos conservadores de su religion, se retiraron con lo que pudieron haber á las manos, á las fragosas montañas de la costa de Cantabria, donde echados los cimientos del reino cristiano, por el esfuerzo y

(1) El ciudadano Legrand d'Anssy atribuye la perfeccion del código de los visigodos, y sus ventajas sobre los otros cuerpos legislativos de las naciones bárbaras, al conocimiento que aquellos tuvieron de la jurisprudencia romana, y al uso que hicieron de sus leyes. *Mémoire sur l'ancienne législation de la France*, tom. 3, pág. 402 de las *Memorias del Instituto nacional de ciencias y artes. Ciencias mor. y polít.*

constancia del valeroso príncipe D. Pelayo, y escarmentados los enemigos de la religion y de la patria en la célebre batalla de Covadonga, emprendieron la reconquista, que á fuerza de valor, constancia y sangre, efectuaron los Reyes Católicos, arrojándolos de la hermosa Granada, emporio de riqueza y último asilo de los moros en España.

Mas tanto Don Pelayo como sus sucesores, aprovechando los momentos favorables de la paz que les ofrecia la confusion de tiempos tan calamitosos, cuidaron de renovar las leyes góticas contenidas en el *Fuero-juzgo*, dando vigor y energia al Derecho de sus antepasados; de tal manera, que debe reputarse por una verdad histórica, que el reino de Leon y de Castilla desde su origen y nacimiento en las montañas de Asturias hasta el siglo XIII, fué propiamente un reino gótico, por tener las mismas leyes, las mismas costumbres y la misma constitucion política, militar, civil y criminal (1).

#### ÉPOCA TERCERA.

*Desde el santo rei D. Fernando III de Castilla y su hijo D. Alonso, llamado el Sabio, hasta nuestros dias.*

La prodigiosa estension del Imperio romano, la relajacion de sus leyes fundamentales, el lujo que las

(1) Marina, *Ensayo histórico*, §. 50. del lib. I.

riquezas del Asia estendieron por todas las clases del estado, el despotismo militar con que una soldadesca desenfrenada abatia y elevaba á su antojo á los emperadores, el olvido de la rígida disciplina, y la afeminacion y el ningun amor á la patria de sus ciudadanos (causas diametralmente opuestas á las que debió Roma su elevacion), con otros gérmenes no ménos propios para corromper el cuerpo mas robusto, hacia tiempo que amenazaban la disolucion del Imperio, y preparaban la ruína que efectuaron los bárbaros del Norte.

Cuando los habitantes de los países que conocemos hoy con el nombre de Hungría, Polonia, Suecia, Rusia europea y moradores de las costas del Mar glacial, incitados primeramente por el botin que pillaban, en las correrías que hacian sobre las fronteras del Imperio, y estimulados despues con la halagüeña perspectiva de pueblos mas ricos y tierras mejor cultivadas que las suyas, emprendieron la invasion, trayendo consigo sus mujeres, niños y ganados; sucediéndose estas hordas unas á otras, é impelidas como las olas del mar, las primeras por las segundas, que á su imitacion salian de los dilatados bosques donde habitaban; hallaron á las legiones romanas sin valor y fuerzas, sin disciplina á las tropas de los bárbaros asalariados por el Imperio, y á todos los ciudadanos incapazes de contener el ímpetu feroz de unos hombres tan fuertes como intrépidos, cuya mayor gloria era morir con las armas en la mano. Como la ignorancia de estas gentes les hacia formar juicios inexactos de las cosas, miraron como causa prin-

principal de la afeminación y cobardía de los romanos la mayor ilustración que estos tenían; y así declararon guerra á muerte á las letras, y despreciaron la educación literaria de sus hijos, con lo que bien pronto cayó toda la Europa en una barbarie espantosa (1). Pero todas las cosas humanas, según advierte cierto elegante y profundo historiador (2), tienen un grado de abatimiento así como de elevación, del que vuelven en sentido contrario, cuando han llegado á él.

Unas tribus de árabes errantes, cuya rústica imaginación supo inflamar un hombre intrépido y sagaz con el zelo de la religión llevado hasta el fanatismo, fueron el cimiento de aquel formidable imperio, cuyos estandartes en forma de media luna tremolaban en lo sucesivo sobre la silla del Imperio de Oriente; y Mahoma supo hermanar tan bien las leyes religiosas y civiles, dando las más análogas á la índole y estado de civilización de sus guerreros sectarios, que en poco tiempo convirtió en mezquitas las soberbias iglesias de la ciudad fundada por Constantino, y extendió el islamismo por los dos antiguos continentes.

(1) En cada página de la historia de aquellos desastrosos tiempos se llena de dolor el corazón del hombre sensible al leer la devastación y miserias de los infelices pueblos sojuzgados, al paso que contempla con placer cuánto la ilustración y cultura de las naciones disminuye los crímenes y otros infortunios, que producen la crasa ignorancia de los verdaderos intereses de los hombres.

(2) *Hume, Hist. of England, vol. 2. pag. 441.*

Posesionados los turcos de la Palestina, y ocupada Jerusalem, varios de sus moradores se diseminaron por las naciones de Europa; en las que refiriendo exageradamente los malos tratamientos que sufrían los cristianos, fueron preparando los ánimos al más extraño acontecimiento de que ha quedado memoria entre los hombres. Las increíbles calamidades que en la edad media oprimían á todos los desventurados europeos, y la falsa inteligencia de un testo del Apocalipsis de san Juan, produjeron la opinión, parto de una imaginación acalorada, de que se acercaba el fin del mundo. En medio de la consternación general que semejante opinión produjo en los espíritus de todos, el zelo ardiente de un santo varón concibió el proyecto de recuperar la Palestina, y arrojar á los infieles de los santos lugares. Preparados así los ánimos por los extraños acontecimientos de aquellos siglos, Pedro el Ermitaño levantó el estandarte de la cruz, y puesto á la cabeza de muchos miles de cruzados, que de todas partes de Europa concurrían deseosos de espiar sus culpas antes que viniera el juicio final, contentos con morir en expedición tan santa; se puso en marcha á fines del siglo diez ó principios del once, dirigiéndose por tierra á Jerusalem.

Los innumerables trabajos que padeció esta tropa de zelosos guerreros de la cruz, al atravesar países tan feroces como incultos, les hizo pensar para lo sucesivo en seguir una ruta más segura que la que hasta entonces habían tomado; y así es que designaron por punto de reunión las ciudades marítimas de la Italia, desde cuyos

puertos salian las expediciones para Constantinopla, donde organizados los regimientos marchaban en seguida contra el enemigo.

Esta ciudad, centro de la cultura del mundo entonces conocido, que aún conservaba el amor á las letras que tuvieron los griegos, sorprendió por la civilización de sus moradores, por la elegancia en sus edificios, y por el refinamiento que el gusto y el lujo oriental habían acumulado en la capital del Imperio, á aquellos groseros espedicionarios, quienes por poco dispuestos que estuvieran á hacer observaciones, no pudieron ménos de aprender algunas cosas, que con el tiempo trasladaron á sus patrias respectivas. El continuo roze de los europeos con los asiáticos, la frecuente comunicacion de la Italia con Constantinopla, y la muchedumbre de cruzados que de su expedición regresaban á sus casas, fueron introduciendo poco á poco las luzes en el seno de sus familias, y moderando progresivamente las costumbres feroces de sus compatriotas y vasallos; y de aquí la claridad que se empezó á columbrar por entre las espesas tinieblas que cubrían la Europa en los siglos medios. Esto por una parte, y por otra la incorporacion á la corona de varios feudos, por morir sin herederos legítimos sus señores, y la circulacion de propiedad que empezó á advertirse por la venta de los fundos que algunos nobles y señores se veían obligados á hacer, para soportar los cuantiosos gastos de una tan larga expedición, fueron las semillas que tan sazonados frutos produjeron en los siglos siguientes.

Dispuestas así las cosas, hizo la casualidad que en 1137 se descubriese en una ciudad de la Italia llamada Amalfi, una copia de las *Pandectas* de Justiniano. La regularidad y filosofía que brillaban en sus leyes, y la elegancia con que estaban escritas, comparadas con los códigos que á la sazón se conocían, hicieron pensar á los gobernantes en aplicar sus máximas á la legislación vigente; de suerte que á pocos años del descubrimiento del código oriental, se habían nombrado ya en la mayor parte de los estados europeos profesores que lo esplicasen. Pero en ninguna parte se hizo esto con tanto éxito como en la universidad de Bolonia, donde á pocos años de conocerse las *Pandectas*, abrió el infatigable juriseconsulto Irnerio una cátedra de Derecho romano.

Bien pronto escitados los españoles del amor de la ciencia de la legislación, abandonando su patria y conveniencias, acudieron en tropas á dicha universidad (1) á disputar el premio de las letras á tanto extranjero como de todas partes de Europa concurría á ella (2), entregándose maestros y discípulos con ardor al conocimiento é interpretacion de los cuerpos del Derecho ci-

(1) Y aún pueden gloriarse de que el primer colegio que se fundó en aquella universidad, fué el que estableció el cardenal español, D. Gil de Albornoz en el año de 1265 para los hijos de España, capaz de mantener 31 colegiales. *Pancírol. De clar. leg. interpr. lib. 4. De Europ. Academ. in Italiá.*

(2) Allí sobresalieron el catalán Vidal de Caniellas, Bernardo Compostelano y García Hispalense, que vivieron en el siglo XIII. *Nic. Anton. Bibliot. vet. lib. 8. cap. 3.*

vil compilados por Justiniano, y al *Decreto de Graciano*, ú otra coleccion de cánones hecha en tiempo de Inocencio II (1).

Muchos de los que pasaron á Italia, volvieron á la Península, concluídos sus estudios, y habiéndose dado á conocer por ellos en las universidades, se les colocó inmediatamente despues de su regreso en dignidades y judicaturas, desde cuyos puestos, ayudados de la mayor instruccion que tenian en las ciencias que estaban en boga en aquel tiempo, debieron de influir para que los príncipes establecieran cátedras de Derecho civil y canónico, y arreglaran á ellas las leyes patrias.

Por aquella época reinaba el santo rei D. Fernando III de Castilla, no ménos memorable por haber reunido en sus sienas las coronas de Leon y de Castilla, y estendido los términos de la monarquía del uno al otro mar, conquistando á los enemigos de la religion y de la patria los reinos de Jaen, Córdoba, Sevilla, Murcia y Algarve, que por la bondad y sabiduría con que regia á sus súbditos; quien movido del amor á las ciencias que le mostraban sus consejeros (pues se dice que eran inteligentes en ambos Derechos), trasladó á Salamanca en 1239, para facilitar el estudio de ellas, la universidad de Palencia, fundada algun tiempo ántes por su abuelo D. Alonso (2). Y atento y vigilante por promover la felicidad de sus vasallos, conociendo el origen

(1) Mesa, *Arte legal*.

(2) Garibai, *lib. 4. de su Hist. cap. 25.*

de los males que habia sufrido la nacion, determinó entre otras cosas anular todas las leyes antiguas, y escogiendo las mejores y mas equitativas de las que se contenian en los fueros municipales, formar de ellas y publicar en idioma castellano un solo cuerpo legislativo, comun y general á todo el reino, y acomodado á las circunstancias en que se hallaba despues de la feliz revolucion que acababa de experimentar la monarquía. Pero á poco tiempo de comenzada tan gloriosa empresa con el auxilio de su hijo el infante D. Alonso, murió tan esclarecido rei en el año 1252, dejando mui á los principios los trabajos literarios, de los que solo nos resta un trozo de las siete partes de que debia constar la obra, publicado por D. Alonso con el nombre de *Setenario*.

Así que subió al trono este príncipe, décimo de este nombre, llamado con justicia el *sabio*, léjos de olvidar el encargo hecho por su padre ántes de morir, de que llevase al cabo la obra comenzada, encaminándose al mismo objeto de ella, determinó con mayor y mas maduro consejo principiar de nuevo la obra bajo distinto método, bien que con el mismo titulo de *Setenario*, esto es, código legal dividido en siete libros, *partidas* ó partes (1).

Comenzóse en la vispera de san Juan Bautista del año 1256; y aunque no se sabe positivamente ni quiénes fueron los jurisconsultos encargados de formarla, ni el

(1) *Marina, Ens. hist. lib. 7. §. 18.*

tiempo en que se concluyó, hai no obstante probabilidades de que fueron los tres doctores en leyes, Jacobo Ruiz, llamado *de las leyes*, ayó del rei D. Alonso, siendo infante, el maestre Fernando Martínez y el maestre Roldan, famosos jurisconsultos de aquel tiempo; la que concluyeron al cabo de diez años (1).

Grandes y aún desmedidos fueron los elogios que en todos tiempos se hicieron de este código legal. A la verdad es mui superior á cuantos por aquel tiempo se conocieron en la Europa; pero sin embargo el código de las Partidas no es una obra original de jurisprudencia, ni fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mutuas relaciones de los miembros de la sociedad civil, ni sobre los principios de la moral pública, mas adaptables á la naturaleza y circunstancias de esta monarquía; sino una redacción metódica de las Decretales, Digesto y Código de Justiniano, con algunas adiciones tomadas de los Fueros de Castilla (2). Y no conociendo

(1) Glosa de Montalvo á la lei I, tit. XXVIII del *Ordenamiento de Alcalá*.

(2) El mismo rey indica las fuentes, de donde se tomaron las leyes de las *Partidas* en la lei 2. tit. 1. P. 1, donde siempre que se nombran *palabras de los santos*, ó *santos Padres*, se entienden las de las Decretales, y cuando se citan los *doctores* ó *sabios antiguos* se dice por los jurisconsultos que intervinieron en la compilación de las *Pandectas*, así como los glosadores del *Digesto* y *Código*, señaladamente Azon, Acurcio y otros discípulos de aquel, cuyas opiniones se trasladaron muchas veces á las *Partidas*; por cuya razon decia el licenciado Espinosa: «Cerca de este libro se han de ver tres libros

los compiladores otro manantial, ni mas tesoro de erudicion y doctrina civil y eclesiástica que estas compilaciones extranjeras y las opiniones de sus glosadores, introdujeron en las Partidas la legislacion romana y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aún arrollando toda nuestra constitucion civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales, con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos.

La primera Partida, que es como un sumario de las Decretales, segun el estado que estas tenian á mediados del siglo décimotercio, propagó rápidamente y consagró las doctrinas relativas á la autoridad del papa, al origen, naturaleza y economía de los diezmos, rentas y bienes de las iglesias, eleccion de obispos, provision de beneficios, jurisdiccion é inmunidad eclesiástica y derechos de patronato; doctrinas que estaban en oposicion con muchas de las regalías que, como protectores de la Iglesia, gozaban nuestros soberanos desde el origen de la monarquía, y les daban el Fuero-juzgo y los cuadernos municipales.

La segunda Partida contiene la constitucion política y militar del reino. Se da en ella una idea exacta y filosófica de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerrogativas; se fijan sus obligaciones, así como las de las

que fueron los originales donde fueron sacadas sus leyes, que son *Summa Azonis*, *Summa Hostiensis*, *Summa Gofredi*. » *Marina*, *Ensayo histórico crit.*, not. 4. al §. 45 del lib. VII.

diferentes clases del estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes y oficiales militares; y se expresan bellamente todos los deberes que naturalmente dimanaban de las mutuas y esenciales relaciones entre el soberano y el pueblo, el monarca y el súbdito. Precioso monumento de historia, de legislación, de moral y de política, y sin disputa la parte mas acabada entre las siete que componen el código de D. Alonso el Sabio, ora se considere la gravedad y elocuencia con que está escrita, ora las excelentes máximas filosóficas de que está sembrada, ó su íntima conexión con las antiguas costumbres, leyes y fueros municipales ó generales de Castilla, de las cuales por la mayor parte está tomada. Y si se hubiera evitado la prolijidad con que se trata la parte moral, y el amontonamiento de tantas autoridades de sabios y filósofos, de textos sagrados y profanos, y lo que en el título primero se dice de los príncipes, condes, vizcondes, marqueses, catanes, valvasores, potestades y vicarios, tomado de legislaciones extranjeras, en ninguna manera adaptables á los oficios públicos conocidos á la sazón en Castilla; sería mas apreciable (1).

La tercera Partida comprende las leyes relativas á uno de los objetos principales mas interesantes de la constitucion civil: administrar justicia y dar á cada uno su derecho. Los compiladores de este apreciable código, recogiendo con bello método lo mejor y mas esti-

(1) *Marina, Ensayo hist. lib. IX. §. 2.*

mable de lo que sobre esta materia se contiene en el Digesto, Código y algunas Decretales, y entresacando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo Derecho, llenaron el inmenso vacío de la legislación municipal, y consiguieron servir al rei y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes. Se trata en ella de los procedimientos judiciales, método y alternativa que deben guardar los litigantes en seguir sus demandas, contestaciones y respuestas; de los jueces y magistrados civiles, sus clases y diferencias, oficios y obligaciones, autoridad y jurisdiccion; de los *personeros* ó procuradores, escribanos reales de villas y pueblos, su número y circunstancias; de los *vozeros* ó abogados, cuyo ministerio se erige en oficio público; del órden de los juicios, sus trámites, emplazamientos, rebeldías, asentamientos; de las pruebas, á saber, juramento, testigos, *conoscencia* ó confesion de parte, pesquisa, escrituras; de cuyo formulario se trata prolijamente y con gran novedad, así como de los medios de proveer á su conservacion y perpetuidad por el establecimiento de registros y protocolos; y en fin del modo de adquirir el dominio y señorío de las cosas. Esta obra de jurisprudencia sería acabada y perfecta en su género, si los compiladores evitando demasiada prolijidad, consultando mas á la razón que á la preocupación, y desprendiéndose del escesivo amor que profesaron al Derecho romano, y procediendo con imparcialidad, no hubieran deferido tanto y tan ciegamente al Código y Digesto. Mas por desgracia ellos tras-

ladaron en esta Partida algunas leyes en que no se halla razon de equidad ni de justicia; omitieron circunstancias notables dignas de espresarse, y aún necesarias para facilitar y abreviar los procedimientos judiciales; y copiaron mil sutilezas, ideas metafísicas, pensamientos abstractos difíciles de reducir á práctica, y mas oportunos para oscurecer, enmarañar, y turbar el orden del Derecho, que para promover la expedición de los negocios ó esclarecer la justicia de las partes (1).

Luego que las leyes de Partida introdujeron en nuestros juzgados el orden judicial y las minuciosas fórmulas y supersticiosas solemnidades del Derecho romano, esperimentaron mudanzas y trastornos los tribunales de la nacion con notable daño de los intereses y derechos del ciudadano. Porque antiguamente era breve y concisa la legislación, los juicios sumarios, el orden y formulas judiciales, sencillas y acomodadas al *Libro de los juezes*; y como estas eran unas actas conocidas por todos, y que nadie podia ignorar, á cada cual era fácil defender su causa, siendo verosímil que si en España no se hubiera conocido el Código, Digesto y Colección de Graciano, nunca llegaríamos á tener idea de los abogados, ni conociéramos este oficio en los términos en que le conoció Don Alonso el Sabio.

Propagado en Castilla y en sus estudios generales el gusto por la jurisprudencia romana, y mayormente desde que se mandó enseñar en las cátedras el Digesto y

(1) *Marina*, §. 13. de dicho. lib. IX.

Decretales, se comenzaron á multiplicar en gran manera los letrados; y una gran porción de gentes de todas clases, clérigos, seculares, monjes y frailes se dedicaron á aquel género de vida agradable, y á una profesion tan honorífica como lucrativa. Su tumultuaria concurrencia á los tribunales llegó á turbar el orden y sosiego de los juzgados. Hubo quejas contra los clérigos, y se dieron providencias para su remedio. Todos los pueblos levantaban la voz contra el común desorden, el cual motivó la celebración de las Cortes de Zamora, dirigidas únicamente á corregir los abusos del foro é introducir una reforma en los tribunales de la nacion. El mal habia cundido de tal manera, que fué necesario fulminar penas severas contra los abogados, y aún algunos legisladores tuvieron por conveniente suprimir su oficio. Pero el mal de la causa pública no estaba en los oficios ni en las personas, sino en la misma legislación; no en los profesores del Derecho, sino en el Derecho mismo: en la infinita multitud de leyes, y en las sutilezas y solemnidades judiciales del Derecho romano trasladado á esta tercera Partida (1).

Respetado y consagrado en España el Código y Decreto, obligado el juriscónsulto á beber en estas fuentes, ¿cómo era posible evitar los desórdenes del foro? De aquí es que ni las correcciones hechas por Don Alonso XI con tanta prudencia y acierto, ni el clamor de la verdad y justicia, que tantas veces resonó en las Cortes,

(1) *Marina*, lib. IX. §. 29.

ni las sábias precauciones de los legisladores pudieron remediar el daño.

La cuarta Partida en que principalmente se recogieron las leyes del matrimonio, y se trata de los deberes que resultan de las mutuas relaciones entre los miembros de la sociedad civil y doméstica, es la mas defectuosa é imperfecta de todas, escepto la primera. Los colectores de este libro, olvidando ó ignorando las costumbres de Castilla, las escelentes leyes del Código gótico y las municipales derivadas de él, hicieron empeño en reunir y juntar en un cuerpo de doctrina Derechos opuestos y leyes inconciliables, el Derecho canónico, civil y feudal, el Código, Digesto y Decretales, y el libro de los Feudos; lo que produjo un confuso caos de legislación.

La quinta y sesta en que se trata de los contratos y obligaciones, herencias, sucesiones, testamentos y últimas voluntades, forman un bello tratado de legislación. Sus compiladores tomaron todas sus doctrinas del Derecho civil, y respetaron en tal manera el Código de Justiniano, y lo siguieron tan ciegamente, que alguna vez que les pareció justo desviarse de él, procuraron justificarse como si hubieran cometido un grave atentado. Pero su obra sería mas digna de alabanza, si desprendiéndose del excesivo amor al Código oriental, lo hubieran abandonado en ciertos casos, prefiriendo en estos los acuerdos y resoluciones autorizadas por costumbres y leyes patrias, y por el uso continuado sin interrupción desde que se formó el Código gótico hasta el Fuero de

las leyes, y acaso mas acomodadas á la naturaleza de las cosas y mas útiles á la sociedad (1).

La sétima Partida abraza la constitucion criminal, y es un tratado bastante completo de delitos y penas, copiado ó extractado del Código de Justiniano, á escepcion de algunas doctrinas y disposiciones relativas á judíos, moros y herejes, acomodadas al Decreto, Decretales y opiniones de sus glosadores, y de los títulos de los *rieptos, lides, desafiamientos, treguas y seguranzas* que se tomaron de las costumbres y fueros antiguos de España. Los compiladores de esta obra sin duda mejoraron infinito la jurisprudencia criminal de los cuadernos municipales de Castilla, á los cuales se aventaja notablemente; pero en la clasificacion de los delitos y en la calidad de las penas tiene defectos considerables, y pudiera recibir muchas mejoras, si dejando alguna vez de seguir ciegamente á los juriseconsultos extranjeros, hubieran entresacado del Código gótico y Fueros municipales, leyes y determinaciones mas equitativas y regulares que las del Código y Digesto (2).

Deseando el soberano publicar un cuerpo de leyes, por donde se terminasen esclusivamente todas las causas civiles y criminales del reino, y que su grande obra fuese en lo sucesivo el código general, único y privativo de la nacion, con derogacion de todos los cuadernos y fueros legislativos que habian precedido hasta esta épo-

(1) *Marina*, lib. IX. §. 37.

(2) *Marina*, §. 41. del lib. IX.

ca, procuró estenderlo por toda la monarquía castellana, y no cabe duda en que tuvo autoridad en Castilla viviendo aún el monarca. Pero los castellanos, tenazes conservadores de las costumbres patrias, y adictos siempre á sus leyes y fueros municipales, se resistieron á admitir un código que trastornaba gran parte del Derecho publico y privado, conocido hasta entónces y consagrado por una continua serie de generaciones. De suerte que advirtiendo el sabio rei el disgusto de la nobleza castellana y su oposicion al código de las Partidas, y el empeño que hizo en el año de 1270 para que se le restableciese su antiguo Derecho y las franquezas que en él se apoyaban, celebró Cortes en Búrgos, en las cuales consintió y aún mandó que se guardase la costumbre antigua, no solamente en Castilla, sino tambien en los reinos de Leon, Estremadura, Toledo y Andalucía, y que en todos sus pueblos se administrase la justicia en conformidad á sus cartas forales. Á pesar de todo el código de las Partidas se miró todavía con respeto por una gran parte del reino, especialmente por los juriconsultos y magistrados; se adoptaron algunas de sus leyes, aunque opuestas á las de los fueros municipales, y llegó á tener autoridad en los tribunales de corte, y fuerza de Derecho comun y subsidiario fuera de ellos, en virtud del gran mérito de esta obra, y de su conformidad con el Derecho romano, en que se creía estar depositada toda la ciencia, ó bien por una consecuencia de los esfuerzos y disposiciones políticas de Don Alonso el Sabio y sus sucesores hasta Don Alonso XI.

Habiéndose este propuesto mejorar el estado de la legislación, y considerando el mérito de las Partidas y el aprecio que de ellas hacian los letrados y juriconsultos, y que su autoridad era vacilante y precaria, por no haberse publicado y sancionado con las formalidades necesarias, segun fuero y costumbre de España, las promulgó solemnemente en las Cortes de Alcalá del año 1348, mandando que fuesen reputadas por leyes del reino, y han sido hasta nuestros dias confirmadas por varios soberanos.

Pero D. Alonso XI y sus sucesores, cuando autorizaron las Partidas, solamente quisieron que fueran habidas por Derecho comun y subsidiario, porque conservaron en su vigor y autoridad todos los cuerpos legislativos de la nacion, y el de las Partidas debió reputarse por el último en orden. Esta mala política redujo la legislación á un estado tan complicado y embarazoso, que en lo sucesivo produjo fatales consecuencias, las que obligaron á los procuradores de Cortes á pedir repetidas vezes el remedio, y una compilacion metódica de los ordenamientos y leyes nacionales, á cuya multitud, variedad y oposicion atribuían el origen de todos los males; pero las circunstancias políticas de D. Juan II y Enrique IV no permitieron que tuviese efecto la deseada reforma; ántes crecieron los males y los desórdenes, porque los juriconsultos y letrados de los siglos XV y XVI, desentendiéndose de la obligacion de la lei, y abandonando vergonzosamente el Derecho patrio á consecuencia de su mala educacion literaria, se entregaron

esclusivamente al estudio del Código, Digesto y Decretales, y al de los sumistas y comentadores (1) Azon, Acursio, Enrique Oscense, el Especulador, Juan Andres, Bártulo, Baldo y el Abad con otros, cuyas opiniones y sentencias resonaban frecuentemente en los tribunales, se pronunciaban y oían como oráculos, y servían de norma en los juicios, y de interpretacion á las leyes patrias, señaladamente á las del código de las Partidas, al que, como derivado de aquellas fuentes y mas acomodado á sus preocupaciones, dieron libremente la principal, ó mas bien la única autoridad, aunque siempre con relacion y dependencia del de Justiniano y sus intérpretes.

Don Fernando y Doña Isabel, conociendo que la preferencia de la jurisprudencia extranjera, y el estudio privativo de ella con desprecio del Derecho patrio, y la multitud, variedad y oposicion de nuestras leyes eran las causas principales que influían poderosamente en el desórden público, mandaron (2), en conformidad á lo que habian deseado sus predecesores, hacer una compilacion metódica de las leyes mas notables comprendidas

(1) El rei D. Juan el segundo publicó una lei en Toro en el año de 1427, prohibiendo á los abogados, so pena de privacion de oficio, alegar en los tribunales « opinion, ni determinacion, ni decision, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor ó doctores, ni de otro alguno, así legistas como canonistas, de los que han seguido fasta aquí despues de Juan é Bártulo, nin otrosi de los que fueren de aquí adelante. » *Marina*, §. 2. del lib. XI. nota 2.

(2) *Marina*, *Ensayo hist. lib. XI. §. 4.*

en el Fuero, pragmáticas y ordenamientos; trabajo que ejecutó el célebre Alonso Díaz de Montalvo, publicándose su obra con el título de *Ordenanzas reales*: y para promover el estudio del Derecho patrio, mandaron á los corregidores, oidores, alcaldes y letrados estudiar las leyes de los ordenamientos, pragmáticas, Partidas y Fuero real. Pero conociendo la Reina Católica cuán diminuta, incorrecta y defectuosa era la compilacion de Montalvo, suplicó á su marido en el codicilo otorgado en Medina del Campo, mandase hacer otra mas completa, exacta y metódica; mas no tuvieron efecto los buenos deseos de tan eminente reina, y subsistiendo las mismas causas, continuaron los abusos y desórdenes, hasta que el reino junto en Cortes, instó repetidas veces para que se llevase á efecto la proyectada recopilacion de las leyes patrias. Por último se vieron cumplidos sus deseos en el reinado del señor D. Felipe II, que la publicó y autorizó en 1567 con el título de *Nueva recopilacion*; pero ni la publicacion del nuevo código, ni las repetidas providencias del gobierno para mejorar el estado de la jurisprudencia y desórdenes del foro, produjeron el deseado efecto, porque el corrompido gusto de los letrados frustraba los conatos de los legisladores, tanto que se vió obligado el Consejo á mandar en 1713 por auto acordado, que los jueces y letrados se atuviesen al estudio de las leyes patrias.

Mas todos los nuevos esfuerzos del gobierno hechos en el siglo XVII y tiempos posteriores, fueron vanos é infructuosos, porque nunca se pensó en hacer una re-

forma radical, ni en aplicar remedios convenientes y proporcionados á la naturaleza y causas de la enfermedad.

El desórden se conoce, la confusion de la legislacion se advierte, y los amantes de su rei y de su patria claman porque llegue el tiempo de formarse unos códigos, que bajo un plan uniforme y sencillo abrazen la legislacion en su totalidad, deduciéndose las leyes como consecuencias inmediatas de sus principios. ¡Ojalá no tarden en cumplirse los ardientes votos que en todos tiempos ha dirigido á sus reyes la nacion, con lo que se remediarán parte de los males que hace tanto tiempo la afligen!

## LAS PRINCIPALES MATERIAS

EN QUE EL DERECHO ESPAÑOL NO CONCUERDA

### CON EL ROMANO.

Se ha dicho por cuantos han manejado las *Recitaciones del Derecho civil segun el orden de la Instituta*, escritas por Heineccio, ser en su clase la mejor obra y mas á propósito para el fin que se propuso, de enseñar á la juventud los sólidos principios del Derecho romano, por su claridad, enlace de principios y demas ventajas que reúne, tanto que ha merecido la general aceptacion, y ha sido, por decirlo así, el vestibulo por donde nuestros jurisconsultos entraban en el estudio del Derecho patrio. Esta verdad consagrada por el tiempo, no se desconocerá nunca, ni á nosotros nos será lícito dudar de ella; mas no por eso dejaremos de decir que si el objeto de este tratado es cimentar en la legislacion universal á los que se dedican al estudio de la jurisprudencia, convendria siempre acomodarle á los usos, costumbres y legislacion particular de cada reino. Sin embargo como contraerla á este punto precisamen-

forma radical, ni en aplicar remedios convenientes y proporcionados á la naturaleza y causas de la enfermedad.

El desórden se conoce, la confusion de la legislacion se advierte, y los amantes de su rei y de su patria claman porque llegue el tiempo de formarse unos códigos, que bajo un plan uniforme y sencillo abrazen la legislacion en su totalidad, deduciéndose las leyes como consecuencias inmediatas de sus principios. ¡Ojalá no tarden en cumplirse los ardientes votos que en todos tiempos ha dirigido á sus reyes la nacion, con lo que se remediarán parte de los males que hace tanto tiempo la afligen!

## LAS PRINCIPALES MATERIAS

EN QUE EL DERECHO ESPAÑOL NO CONCUERDA

### CON EL ROMANO.

Se ha dicho por cuantos han manejado las *Recitaciones del Derecho civil segun el orden de la Instituta*, escritas por Heineccio, ser en su clase la mejor obra y mas á propósito para el fin que se propuso, de enseñar á la juventud los sólidos principios del Derecho romano, por su claridad, enlace de principios y demas ventajas que reúne, tanto que ha merecido la general aceptacion, y ha sido, por decirlo así, el vestibulo por donde nuestros jurisconsultos entraban en el estudio del Derecho patrio. Esta verdad consagrada por el tiempo, no se desconocerá nunca, ni á nosotros nos será lícito dudar de ella; mas no por eso dejaremos de decir que si el objeto de este tratado es cimentar en la legislacion universal á los que se dedican al estudio de la jurisprudencia, convendria siempre acomodarle á los usos, costumbres y legislacion particular de cada reino. Sin embargo como contraerla á este punto precisamen-

te, sería quitarle su verdadero mérito, y de una obra general hacerla particular de la nación á que se acomoda, despojándola de la cualidad de elemental; para llenar el fin que nos proponemos, nos parece oportuno reunir en este apéndice las materias principales del Derecho español como un complemento de las *Recitaciones del Derecho romano* de Heineccio, haciendo un ligero resumen de la parte legislativa de nuestra jurisprudencia, que ó bien se desconoció en aquel, ó por lo ménos no se estableció bajo de los principios que entre nosotros; y aún cuando llegue á variarse segun la ilustracion del siglo, los deseos del gobierno actual y otras circunstancias, podrá sufrir este apéndice la misma alteracion. No basta al jurisperito, en materia de legislacion y política, entender y saber el Derecho romano: son necesarios otros conocimientos del nuestro, sin los que no podría ejercer acertadamente los diversos empleos á que puede destinársele en la carrera literaria; y á esta clase pertenece todo lo que aquí adicionamos.

## LIBRO PRIMERO.

TÍT. II. §. 59 á 63.

Al tratar de las leyes particulares, ó llamémoslas *privilegios*, nos ha parecido indicar algo de otros conocidos en España bajo el nombre de *obrepticios* y *subrepticios*, esto es. concedidos á la sombra de una mentira

ó ocultando las preces que motivan su expedicion. Estos privilegios fué siempre la voluntad de los soberanos, no tuviesen efecto ni valiesen, segun así lo dispone una lei de *Partida*, porque su naturaleza distintiva es la de ser contra la pública utilidad, contra el Derecho, ó concedidos en perjuicio de un tercero: cuyas circunstancias los invalidan, dejándolos sin ningun efecto legal.

Tambien conocemos en España otros privilegios llamados *moratorias*, concedidos por el soberano, y las mas vezes por sus tribunales supremos, que son ciertas concesiones hechas en favor de los deudores, por las que se les concede algun plazo para la satisfaccion de sus deudas. Para que tenga lugar este privilegio son necesarios ciertos requisitos: 1º que los deudores se obliguen al pago en el plazo señalado; 2º que lo afianzen de un modo seguro; y 3º que esta fianza sea á gusto y satisfaccion de los acreedores; para lo cual se les hace saber, y formándose un juicio entre estos y aquel, recae la sentencia de concesion de moratoria, que suele estenderse á uno, dos, cuatro y mas años.

TÍT. III. §. 76.

Al estado de los hombres se conceden por nuestro Derecho varias consideraciones, por las que se disfrutan en la sociedad distintos honores y prerogativas dignas de saberse, y que no encontramos deslindadas con la debida claridad en el Derecho romano. Segun el es-

tado natural de los hombres, unos son *nacidos* y otros *engendrados*: el Derecho considera á estos últimos, siempre que se trata de su bien, lo mismo que á aquellos, según lo previene una lei de *Partida*; pero debe concurrir necesariamente en su nacimiento, el que sean dados á luz vivos, vivan por lo ménos 24 horas, hayan sido bautizados, y además nacidos en tiempo en que naturalmente pueden vivir, pues de otro modo son incapaces de adquirir los efectos que el Derecho les da. Según este mismo estado natural, conocemos la diferencia entre *varon* y *hembra*, cuyos derechos emanados de la naturaleza son iguales en ambos, y cuya diferencia por el Derecho civil se marcará en su respectivo lugar.

Según el estado civil se dividen los hombres en *libres* ó *siervos*, pudiendo nosotros decir en cuanto á estos últimos, que en España es desconocida la esclavitud como la ejercían y tuvieron los romanos, y solo se conservan algunos restos, aunque mucho más benignos y favorables para con los desgraciados siervos, en algunas provincias y ciudades de nuestras posesiones de ultramar, que es muy fácil se estingan totalmente, quitando del Derecho esta division tan odiosa, y constituyendo á los denominados siervos en la clase de libres, aunque de inferior condicion y sujetos á ciertos trabajos propios de su nacimiento y educacion.

Según este mismo estado se subdividen los hombres en *nobles* y *plebeyos*, en cuya clase se conocen varias especies, siendo esta en general una cualidad de distincion que eleva al hombre á una clase superior que la

regular. Á esta son concedidos ciertos privilegios, de los cuales hai algunos en uso, y son, el no poderse desdeñir de haber injuriado á otro, y el no poder ser embargados por deudas la casa de su morada, sus armas, caballos y demas que sea propio de tales caballeros, sin que puedan renunciar esta lei establecida en su favor. También les está concedido el uso de pistolas de arzon, y otros privilegios que podrán verse con más estension en los autores que han tratado de esta materia.

De la segunda division de hombres libres se hace otra subdivision en nuestro Derecho, la de *eclesiásticos* y *legos*, siendo los primeros los que están adscritos al servicio de la iglesia, ejerciendo en ella algun cargo propio de su ministerio; y los segundos todos los demas. Son también *seculares* ó *regulares*, conociéndose bajo de esta última denominacion los que han profesado alguna religion aprobada; unos y otros gozan de varias prerogativas concedidas por diferentes leyes.

Se subdividen los hombres libres en *vecinos* y *transeuntes*, siendo los primeros los que tienen constituido domicilio fijo en cualquiera pueblo, contribuyendo en el mismo á las cargas del estado y disfrutando en él los honores y prerogativas propias de vecindad; y los otros los que se encuentran por temporada sin ánimo de permanecer ni fijar su residencia en el pueblo en que se hallan.

La última subdivision de hombres libres es en *naturales de estos reinos* y *extranjeros*, entendiéndose por natural, según la *lei recopilada*, aquel que es nacido

en estos reinos ó es hijo de padres nacidos en ellos, ó que al ménos lo haya sido el padre ó haya contraído domicilio viviendo por espacio de diez años en el reino; y extranjero, á quien falta alguna de estas circunstancias. Se han concedido á los naturales ciertos cargos ú oficios, particularmente en los pueblos de su vecindad, que no pueden ocupar los extranjeros. Estos pueden obtener la naturalizacion, consiguiendo para ello carta de tal, que se concede por el soberano despues de examinadas las circunstancias que se hallan prevenidas en distintas disposiciones legales.

## TÍT. IX.

Aunque este título se halla suficientemente explicado tanto en los *Elementos del Derecho romano* como en las *Recitaciones*, no dejamos de hallar algunas diferencias en nuestro Derecho patrio. Nunca se han concedido en España derechos tan terribles y latos á los padres para con sus hijos, como los dió su Derecho á los romanos, entre los cuales ejerció en un tiempo el padre el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; cosa ciertamente repugnante á la misma naturaleza. Nada hacian suyo los hijos, pues cuanto adquirian, se entendia y reputaba por de sus padres; y en fin no eran considerados en esta sociedad paternal sino como unos entes prontos al servicio del padre, sin la menor representacion por sí. Nuestras leyes, mas benignas y

templadas, al establecer los derechos emanantes de la patria potestad, concedieron al hijo una representacion separada de la del padre; le asignaron bienes de los mismos que él adquiriese, que denominaron *peculios*; ampliaron los modos de salir de la patria potestad, y por último solo vinieron á conceder á los padres un derecho, para exigir de sus hijos los oficios de respeto y sumision debidos, y el de corregirlos y castigarlos moderadamente, y una administracion lata de sus bienes, mientras estuviesen en su poder; derechos todos emanantes de la naturaleza, y cuya obligacion reciproca nunca se desconoció por ninguna sociedad, aún por las que se gobernaron por leyes mas despóticas y bárbaras. Entre nosotros los hijos casados y velados salen de la patria potestad, como lo estableció una *lei recopilada*, al paso que entre los romanos todos los descendientes lo estaban bajo la del pariente mas anciano de la línea paterna. En los demas modos de concluirse la patria potestad está conforme nuestra legislacion con la romana, pudiendo solo añadirse, que segun nuestras leyes todo empleo ó destino que el hijo obtenga, por el cual se constituya jefe privativo de cualquier cuerpo ó reunion, le exime y libra de la patria potestad; y tambien cesa esta, siempre que el padre cometiére el pecado de incesto. ®

## TÍT. X.

En España suelen preceder al matrimonio los *esponsales*, que son el mutuo prometimiento de casarse que se hace por los contrayentes; y como que son unos verdaderos contratos, puede reclamarse civilmente su cumplimiento en el tribunal competente, que lo es el eclesiástico, segun se halla establecido por la lei de *Partida*: bien que esta obligacion puede dejarse de cumplir, siempre que intervenga una justa causa de las señaladas en otra lei.

Por lo respectivo á esta materia se hallan establecidas varias pragmáticas, pudiendo todas tenerse por refundidas en la publicada en 30 de abril de 1803, que establece que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentasen, no estará obligado á dar la razon ó explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 23 años, podrán casarse sin el consentimiento paterno; y lo mismo las hembras que hayan cumplido los 23. En defecto del padre tendrá la misma autoridad la madre; pero los hijos adquieren entónces la libertad de casarse un año ántes, esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos. A falta de padres tendrán la misma autoridad

los abuelos, adquiriendo los menores en tal caso la libertad de casarse á su arbitrio, si son varones, á los 23 años, y las hembras á los 21. Á falta de padres y abuelos podrán los tutores resistir los matrimonios de los menores, y á falta de estos el juez del domicilio; pero todos sin obligacion de explicar la causa, y en este caso adquirirán los varones la libertad de casarse á los 22 años, y las hembras á los 20, tambien cumplidos. Concluye por último esta pragmática previniendo, que las personas que hayan de solicitar licencia, para contraer matrimonio, del soberano, de su cámara ó gobernador del Consejo, necesitan para solicitarla, haber obtenido previamente la licencia de sus padres, abuelos ó tutores; previniendo últimamente que los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonios, para los que no estuviesen habilitados los contrayentes segun los requisitos espresados, sean espatriados y ocupadas sus temporalidades, y en igual pena de espatriacion incurrirán los contrayentes, con la de confiscacion de sus bienes.

En España se conceden ciertos efectos civiles al matrimonio, que desconocieron las leyes romanas, siendo el principal y conexo á este titulo el conocido con el nombre de *gananciales*, que son las adquisiciones que hacen ambos cónyuges constante el matrimonio; las que son por mitad para cada uno de estos, disuelto aquel por cualquiera de las causas establecidas: debiendo entenderse que los que cada cónyuge aporta al matrimonio, bien ántes de celebrarse este, bien despues,

con tal que conste cuáles son, por escritura pública ó por otro de los medios establecidos en el Derecho, serán propios de cada uno ó de sus herederos respectivos. Por manera que se tendrán por gananciales todos los bienes que aparecieren al tiempo de la disolucion del matrimonio, y para sacar los cónyuges los á ellos respectivos, deberán acreditar su dominio; para lo cual se usa frecuentemente otorgar por el futuro esposo á la futura esposa la correspondiente carta dotal, en que se explica el modo con que se han de devolver estos bienes dotales, y en ella se incluye la escritura de reconocimiento de capital que aporta el marido; y la mujer declara ser tales los bienes que se incluyen en la dicha escritura.

Tambien se observan ciertas anomalías en esta sociedad, llamada *conyugal* y establecida por beneficio de la lei, que dura únicamente mientras hai matrimonio; las que la hacen separarse de las demas sociedades regulares, estableciendo ciertas reglas propias de ella sola, y que nunca podrán aplicarse al contrato de sociedad. En primer lugar se advierte que en esta sociedad se reparten las ganancias por mitad, sin contemplacion á que el uno haya llevado mas caudal que el otro, ni tampoco que haya puesto mas trabajo para su adquisicion, ni que los bienes aportados por su mejor calidad sean mas productivos. Esta sociedad queda disuelta por la muerte de cualquiera de los cónyuges ó por la separacion declarada judicialmente, ó llamémosla divorcio, sin que nunca pueda entenderse renovada

ó continuada entre el cónyuge supérstite y los herederos del difunto, aunque ellos lo intenten y presten su voluntad para este contrato, pues estando establecido por la lei únicamente en los matrimonios, no podrá tener sus efectos fuera de estos, porque cesan los justos motivos que en aquellos existen para el establecimiento de tal sociedad conyugal. En ella tiene el marido la posesion y el dominio *in actu* de todos los bienes que la componen, y puede por lo mismo enajenar y vender los bienes de esta sociedad, mientras dura, siempre que el marido no lo haga en perjuicio de la mujer, ni disponga de ellos sino por contrato entre vivos, pues *mortis causa* no le es permitido. Tambien existen dos únicos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad; que son si la mujer al tiempo de contraer el matrimonio ó despues de contraído, renuncia á ella, y cuando los bienes del uno de los cónyuges fuesen confiscados por sentencia declaratoria de esta pena, en cuyo caso queda para el otro cónyuge su mitad de ganancias íntegra.

Asimismo puede tenerse por efecto peculiar de esta sociedad, el que los frutos ó productos de los bienes propios de cada uno de los esposos, entran tambien en la masa de gananciales, igualmente que los gastos hechos para sembrar, barbechar, etc., y los productos de los empleos que disfruta el marido, por reputarse frutos civiles de los mismos; y segun una lei pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios, siendo tambien pertenecientes á esta sociedad los au-

mentos ó mejoras de los bienes de cada uno de ellos, con tal que provengan de la industria ó trabajo : aunque no así los aumentos que dimanen ó provengan de la naturaleza de los mismos bienes, pues estos tocan á aquel de quien son las propiedades. Cesa este efecto en las mejoras hechas en las fincas de mayorazgo, por ceder todas al mismo; y aunque segun la inteligencia de las leyes que hablan sobre esta materia, parece deben entenderse únicamente las mejoras hechas en las cercas de los bienes amayorazgados, y las necesarias sin las que se destruirían aquellos, esto no obstante se ha tenido por mas conforme y arreglado á la práctica la doctrina que se ha sentado al principio. Tambien cesa dicho efecto en las adquisiciones hechas por derecho de retracto, pues solo en el cónyuge adquirente concurren los requisitos apetecidos para él, quedándole al otro únicamente el derecho á la mitad del precio por que se compró la finca *retraída*.

Es renunciable, segun llevamos manifestado, el derecho á la mitad de los gananciales, y hecho esto por la mujer, no está obligada á satisfacer las cargas que sobre dichos bienes gananciales gravitan, como son el pago de las deudas contraídas por el marido, las donaciones *propter nuptias* de los hijos, y las dotes de las hijas, pues es claro que siendo estas cargas deudas del matrimonio, y no pudiéndose llamar bienes gananciales sino lo que resulte despues de cubiertas aquellas, renunciándolos la mujer, se libra de las cargas y deudas propias de ellos.

Tambien se conceden otros efectos civiles al matrimonio en favor de los maridos y relativos á sus mujeres, que se hallan establecidos en distintas leyes de la *Novisima Recopilacion*; y son que ninguna mujer casada pueda, constante el matrimonio, sin licencia de su esposo repudiar ninguna herencia á que tenga derecho bien por testamento, bien abintestato; ni tampoco aceptarla sino con beneficio de inventario; que no pueda celebrar contrato alguno ni apartarse de los contraídos, dando por libre de ellos al contrayente; que no pueda hacer cuasi contrato, ni por consiguiente comparecer en juicio por sí ó por medio de procurador; que el marido pueda dar su licencia bien general, bien particular para contraer á la mujer, y para hacer todo lo demas que sin ella no podria; que tambien pueda el marido ratificar lo que la mujer hubiese hecho sin su licencia, bien sea en general, bien en especial; y últimamente que el juez pueda con conocimiento de causa compeler al marido á que dé su licencia para todo aquello que la mujer no podria hacer sin ella, obligándole, si hubiese resistencia, y en su caso dándola el juez; y surte el mismo efecto que la marital.

Es tambien efecto civil del matrimonio, el que el marido, entrando en los 48 años, pueda administrar su caudal y bienes, y los de su mujer, sin necesidad de obtener la correspondiente dispensa de edad; y tambien lo son las esenciones concedidas á los casados, librándolos de ciertas cargas y oficios concejiles en los cuatro primeros años del matrimonio, y otras que cons-

tan en nuestras leyes; como igualmente la desheredación que concede á los padres la pragmática de matrimonios, cuando el hijo lo contrae contra lo en ella espresamente establecido.

Aunque los romanos conocieron tambien la materia de dotes y se halla establecida en su Derecho, encontramos sin embargo algunas diferencias, ya en su clasificación, ya en los efectos dimanantes de esta. Conócense pues entre nosotros distintas clases de dotes, como son la *estimada é inestimada, voluntaria y necesaria, adventicia y profecticia, entregada y confesada*; clasificaciones todas que creemos no necesiten explicarse, y así solo trataremos de manifestar los diversos efectos que producen.

En la estimada debe preceder siempre su aprecio, para que así conste el valor de los efectos que se aportan al matrimonio, y en caso de devolucion pueda hacerse de este, si no existen aquellos: en la inestimada, únicamente se hacen constar los efectos llevados en dote que podrán reclamarse por los herederos siempre que existan. Voluntaria puede definirse, hablando legalmente, una donacion que da cualquiera persona sin que pueda ser compelido á hacerlo, porque ninguna obligacion tiene á ello, al paso que la profecticia, es carga de los padres, y que por lo tanto deben señalarla. No es tan lata esta obligacion que no tenga prefijados sus límites en nuestras leyes, y así está tasada en las mismas con arreglo á la riqueza del padre, teniéndose por inoficiosa, en cuanto esceda de esta justa regulacion.

Las dotes entregada y confesada gozan de mui distintos efectos en lo tocante á su restitucion, pues tratándose de la de aquella, se le concedió el privilegio de antelacion á cualesquier deudas del marido, y tiene tambien el concepto de pignoraticia, y para su pago están espresamente hipotecados los bienes del marido; al paso que la confesada carece del privilegio dotal y se considera como una deuda, con mas ó ménos preferencias, segun sus circunstancias. En la entregada, como quiera que el marido se hace dueño de ella por título de compra, y con solo la obligacion de restituir el precio en que fué estimada, puede enajenarla á su voluntad, y aún en el sentir de algunos autores, sin la menor intervencion de la mujer.

Últimamente, respecto de la restitucion de las dotes, debemos manifestar que disolviéndose el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, debe hacerse aquella inmediatamente, si los bienes en que consiste la dote, son raizes, y dentro de un año, si fueren muebles. Tambien tiene lugar la restitucion de la dote por el divorcio; y tanto en el caso anterior como en este, se deja conocer la razon que impulsó á establecerla en la lei de *Partida*, porque en ambos casos cesa la causa, que fué el sosten de las cargas matrimoniales.

Tiene la mujer otros bienes ademas de los dotales, que nosotros conocemos con el nombre de *parafernales*, cuyo dominio pertenece al marido, constante el matrimonio, siempre que la mujer se los entregue;

mas no constando esto, quedan de propiedad particular de aquella.

No se hace mérito de otra clase de donaciones que tambien señala nuestro Derecho, por encontrarlas establecidas en el romano.

## TÍT. XIII.

En este título solo notaremos algunas pequeñas diferencias que se encuentran establecidas por nuestro Derecho, y que á la verdad esclarecen mas los fundamentos legales en que se apoyan. Los romanos hicieron semejante la tutela á la herencia, deduciendo de este principio varias consecuencias, y la principal era, que no pudiendo uno morir parte testado y parte intestado lo mismo sucedia con respecto á la tutela; mas entre nosotros, no rigiendo este principio, y pudiéndose hacer testamento aún sin instituir heredero, no deben tener entrada semejantes consecuencias. Tambien se consideró la tutela como un acto legítimo, y que debe interponerse inmediatamente en el mismo negocio por la autoridad judicial; mas nuestro Derecho solo exige lo que los prácticos conocen con el nombre de *discernimiento*, sin pararse en que la petition que para este se hace á la Autoridad, sea inmediatamente ó despues de trascurrido algun tiempo.

Entre las escusas establecidas por los romanos, encontramos una que lo es, el tener tres tutelas que no

sean honorarias ni leves; mas concediendo las leyes de nuestro *Fuero Juzgo* y *Real* la décima parte de los bienes del pupilo al tutor en concepto de administrador de los bienes de este, es claro que esta tutela no puede considerarse en España como onerosa al tutor, ni por consiguiente servirle de escusa, militando la misma razon con respecto á otras, que consideradas como una carga, han dejado ya de serlo en razon de la décima concedida.

Últimamente la accion que se da por razon de la tutela, es pública, pues cualquiera tiene derecho para ejercerla en beneficio del menor, aunque sea solo movido por piedad.

## LIBRO SEGUNDO.

## TÍTULO X.

No deja de encontrarse alguna diferencia del modo de hacer testamento por Derecho romano, al que nosotros observamos. Se hace únicamente en España el testamento, ó nuncupativamente ó por escrito: en el primer caso debe reducirse á escritura, y en el segundo no se exigen otras formalidades que la asistencia del escribano con el número competente de testigos. Ha quedado reducida esta facultad ó derecho de testar, á ejercer el hombre del modo que mejor le parezca, y siempre que en ello no haya prohibicion, su voluntad

para disponer de sus bienes del modo y en favor de la persona que mas sea de su agrado. Asi que han desaparecido de nuestro Derecho mil fórmulas y otras tantas formalidades que debian observarse en la confeccion de los testamentos por el romano. Entre los romanos era, por decirlo asi, la esencia de los testamentos la institucion de heredero, por manera que al que carecia de este requisito, no se le atribuían los efectos de tal, haciéndose varias ficciones, para que nunca resultase testamento sin institucion de heredero; y llegó á tenerse hasta por ignominioso el morir sin heredero. Mas entre nosotros, para que tenga cumplido efecto la última disposicion, no es necesaria tal formalidad, y podrá mui bien cualquier testador distribuir su herencia en mandas y legados, sin que por esto deje de cumplirse exactamente quanto dispusiese.

## TÍTULO XVI.

Tanto por nuestro Derecho como por el romano se encuentra admitida la sustitucion pupilar hecha por los padres en sus testamentos y en favor de los hijos impúberes, para en el caso de morir estos ántes de llegar á la pubertad; y como entre los romanos, por efecto de esta patria potestad, tal cual ellos la usaban, se hallaban en aquella los hijos y demas descendientes, de aqui era que podia sustituir pupilarmente el abuelo; mas segun nuestro Derecho esta facultad se halla limi-

tada á solo el padre, por salir los hijos de la patria potestad, casándose y velándose.

En españa tenemos establecido el que la facultad de testar pueda cometerse á otro: esto se ejecuta por medio del oportuno poder con las mismas formalidades que se exigen para los testamentos; y el señalado por el testador para que ejecute su testamento, se llama *comisario*. Es cierto que este nada puede hacer en virtud del poder que se le confiera, mas de lo que en él se halle establecido; por manera que ni puede instituir heredero, ni hacer mejoras, ni revocar legados, ni sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, hallándose reducidas las facultades del comisario á lo que le hubiese prevenido el testador en su poder; y si nada le previno, puede desempeñar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas de cualquiera clase, y mandando distribuir por su alma la quinta parte de todos sus bienes, y el remanente deberá repartirse entre los herederos abintestato. En caso de no tenerlos el testador, deberá disponer el comisario de todos sus bienes en favor de causas pias y provechosas al alma de dicho testador. El comisario debe usar del poder que se le dió, dentro de quatro meses, si estuviera en la ciudad, villa ó lugar, donde se le dió el poder al tiempo en que se le dió; dentro de seis meses, estando ausente, y dentro de un año, estando fuera del reino. Pasados estos términos, que corren contra el comisario ausente é ignorante, sin haber otorgado el testamento, irán los bienes del testador á sus herederos

abintestato. Ni el comisario ni el testador tienen facultad para prorogar los términos que ya quedan referidos.

En esta materia de testamentos hai dos puntos muy singulares que conocer de nuestra legislación, á saber, el de *mejoras* y el de *mayorazgos*, los que trataremos con alguna estension, copiando, para dar una idea de los segundos, lo que dice Álvarez en sus *Instituciones del Derecho real de España*.

#### DE LAS MEJORAS.

Es muy común en España hacer los testadores uso de las disposiciones legales, por las que se les autoriza para el establecimiento de mejoras de tercio y quinto á favor de las personas, á quienes pueden hacerse. La mejora es *una donacion que el padre ó un extraño hace á sus hijos ú otras personas, por la que los mejora de condicion en cuanto á la legitima, ó si es extraño, le manifiesta la liberalidad y desinterés con que obra en su favor*. Según nuestro Derecho patrio, todos los bienes que tienen los padres, son legitima de sus hijos, á escepcion de una quinta parte de ellos, de la que pueden disponer en favor de la persona que mejor les pareciere, ó de otro cualquier modo. Por la reciprocidad de derechos que la misma naturaleza parece haber puesto entre padre é hijo, se halla establecido del mismo modo en nuestras leyes, que todos

los bienes de los hijos son legitima de sus padres, fuera del tercio, del que pueden disponer en la misma forma que se ha dicho del padre respecto al quinto. Es tambien singular y propio de nuestro Derecho, el que pudiendo solo el padre dejar el quinto á estraños, tenga libertad para dejar el tercio á uno de sus hijos ó descendientes; mas así se encuentra establecido en la lei 18 de *Toro*.

Las mejoras pueden hacerse revocable é irrevocablemente: las primeras pueden variarse cuantas veces quieran los testadores, pues que estando facultados para variar sus testamentos, y siendo la mejora una parte de estos, podrán alterarlas ó revocarlas á su arbitrio, intervenga ó no causa para ello. Las irrevocables son las hechas por contrato entre vivos; pero es necesario tener presente que para que llegue á tener dicha mejora los efectos de irrevocabilidad, se requiere la posesion en el mejorado de las cosas que abraza la mejora, ya sea esta posesion de los mismos bienes, ya de escrituras de ellos; y lo mismo sucede, cuando la mejora es hecha por causa onerosa con otro tercero. La regulacion de estas mejoras debe hacerse por el valor de los bienes del padre al tiempo de su defuncion, y no al en que se hicieron, segun que así lo previene la lei 23 de *Toro*. Cuando se hacen por el testador que tiene descendientes, las dos mejoras de tercio y quinto, deberá sacarse primero la de este, por haberse así establecido en una lei de *Estilo* que se halla en observancia, y parece muy conforme su uso en favor de los testadores

que solo pueden disponer del quinto de sus bienes. Por otra lei *de Toro* está permitido á los padres señalar los bienes, en que hayan de consistir las mejoras, de los que componen su herencia; mas esta facultad, segun el espíritu mismo de dicha lei, es personalísima del padre, y no podrá nunca cometerla á otra persona ni aún al mismo hijo. Hecha pues la mejora en estos términos, y designados por el padre los bienes en que se haya de pagar, en estos mismos deberá entregarse al mejorado, salvo el caso de no tener cómoda division, en el que podrá recibir su importe en dinero efectivo. Las mejoras quedan válidas, aunque el mejorado renuncie la herencia, y aún cuando se rompa ó anule el testamento por pretericion ó exheredación.

Hecha por el padre donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende mejorado, y debe aplicarse esta donacion, primero, como mejora de tercio; si fuese excesiva, será aplicable al quinto, y si de esta tambien escudiere, lo que sobrare, se aplicará á la legitima; mas si escudiese estos cotos, se tendrá por inoficiosa en cuanto al exceso, segun que todo así se halla establecido en la lei 26 *de Toro*. Esto es con respecto á la donacion simple; mas la de por causa, debe contarse primero por legitima; si escudiere de esta, es aplicable al tercio, y en último lugar al quinto. Adviértase que al padre, aunque se halla facultado para mejorar á sus hijos, le está prohibido espresamente hacerlo por via de dote ni casamiento á su hija, sin que esta pueda nunca entenderse mejorada, tácita ni espresamente, por ningun contrato

entre vivos, segun que así se halla establecido por una lei recopilada.

En conclusion de este tratado, deberemos manifestar que hai ciertos gastos hechos por los padres en favor de sus hijos, que vienen á constituir el patrimonio de estos sin obligacion de colacionarlo, ni aún para que se les aplique por cuenta de mejoras: tales son los consumidos en darles estudios, armarlos caballeros y otros de esta misma naturaleza, segun lo previene la lei 3. *título 4. Partida 5.*, que consideró estos gastos como alimentos consumidos, incapazes por lo mismo de colacionarse, al propio tiempo que los miró como un esplendor y brillo que da el agraciado con estos estudios y grados á toda su familia.

#### DE LOS MAYORAZGOS.

Mayorazgo (1) es una institucion por la cual se prohibe la enajenacion de algunos bienes, y se establece el orden de personas que han de suceder en su posesion. El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentifiaccion, y uno y otro son manifiestamente institucion del Derecho. Aunque el mayorazgo

(1) Con esta palabra se designa tambien el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aquí solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

se establezca por contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposicion. La prohibicion de enajenar, aunque de la esencia de los mayorazgos, es tambien comun á los demas bienes poseidos por manos muertas; así que la diferencia especifica de los bienes amayorazgados es *el orden de personas que han de suceder en su posesion.*

Si este orden es el mismo que el que la lei 2.<sup>a</sup> titulo 15. *Partida 2.<sup>a</sup>*, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama *regular*: si se diferencia de él en algo, se llama *irregular*. Son varias las fórmulas, por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular; y en general se puede decir, que no constando espresa y manifiestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, es tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en la *lei citada de la Partida 2.<sup>a</sup>*, debe tenerse presente, 1.<sup>o</sup> la línea, por que la del último poseedor escluye á las demas; 2.<sup>o</sup> el grado, porque en la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto; 3.<sup>o</sup> el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual línea y grado; y 4.<sup>o</sup> la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los decendientes de los que llamados á suceder,

murieron sin haber poseído el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el orden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, así como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas, siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen, á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el orden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tansolo de las que acostumbraban hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1.<sup>o</sup> *mayorazgo de agnacion*, 2.<sup>o</sup> *de masculinidad*, 3.<sup>o</sup> *de femineidad*, 4.<sup>o</sup> *de segundogenitura*, 5.<sup>o</sup> *alternativos*, 6.<sup>o</sup> *saltuarios*, y 7.<sup>o</sup> *electivos* (1).

(1) Quizá alguno eche de ménos en esta clasificacion los mayorazgos llamados *de agnacion fingida* y los *ineompatibles*, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido, que diferenciándose los mayorazgos segun el orden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este orden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó no agnado, no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de *ternineidad*, en que el primer llamado fuese varon; otra de los

Mayorazgo de agnacion es *aquel, á cuya sucesion solo son llamados los varones que descienden del fundador de varon en varon, sin mediar hembra alguna*. El de masculinidad es *aquel, á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon*. Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la pragmática que el señor rei Don Felipe III, dió á petición de las Cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1), que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de allí en adelante (2), si no fuese en caso que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

Mayorazgo de femineidad es *aquel, á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con*

*de segundogenitura*, en que el primer llamado fuese primogénito, y así de los demás. La incompatibilidad es considerada únicamente como una condicion que sule ponerse en algunos mayorazgos; pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aún cuando por ella se altere alguna vez el orden de suceder, no se crea una constante y diferente de las demás. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) *L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.*

(2) Esto es, desde el 15 de abril de 1615.

*preferencia á los varones*. Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son, de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las hembras que proceden de hembra, y el segundo aquel cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon.

Mayorazgo de segundogenitura es *aquel, á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por orden sucesivo*. Alternativo es *aquel, á cuya sucesion son llamados parientes de diversas lineas, de manera que á cada vacante que ocurra, se varia de linea, alternando por su orden las llamadas*. Saltuario es *aquel, á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad*. Electivo es *aquel, en que los poseedores tienen facultad de elegir su sucesor entre sus hijos ó parientes*. Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogénito, ó al que, segun el orden regular de suceder, correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, así como todos los demás, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, escepto en la parte en que consiste la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga acerca de la fundacion de los mayorazgos y de las propiedades de los bienes en que consisten, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la real cédula de 14 de mayo de 1789 (1), todos los que podían testar, podían fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera, de la tercera parte de sus bienes, si tenían ascendientes, y de la quinta, si tenían descendientes; y haciéndolo en favor de alguno de estos, podían vincular por vía de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes, es para lo que únicamente se necesitaba licencia real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que produciría la muchedumbre de mayorazgos, que no se pudiesen fundar, aunque fuera por vía de agregación, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tuvieran herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenación de bienes raíces, sin que precediese la licencia del rei. Para que esta se concediese, debía ser á consulta de la Cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo que se intentaba fundar, llegaban, cuando ménos, á tres mil ducados; que la familia del fundador era digna de ser empleada con utilidad del Estado, y que los bienes en que había de consistir el mayorazgo, no eran raíces, ó al ménos que la parte de bienes de esta especie que se quería vincular, era menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa y otros semejantes, que entraban á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales debían consistir todos los que se fundasen. Además

(1) L. 12. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

debía pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vinculase. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos eran nulas, y los bienes en que consistían, debían pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes competía reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, todo el que podía disponer de sus bienes, podía fundar mayorazgos, establecer el orden con que se había de suceder, y las condiciones que habían de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente solía proponerse, era la de que la posesión de un mayorazgo fuese incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad podía ser de ocho maneras: 1<sup>a</sup> *expresa*, cuando el fundador la manifestaba con palabras terminantes en la fundación: 2<sup>a</sup> *tácita*, cuando se infería necesariamente de las cláusulas de ella, v. gr. cuando se mandaba que los sucesores de un mayorazgo se firmasen en primer lugar con el apellido del fundador, era manifiesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no podía obtener otro que exigiese la misma condición: 3<sup>a</sup> *absoluta*, que impide la reunión con cualquiera otro mayorazgo: 4<sup>a</sup> *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5<sup>a</sup> *en adquirir*, que priva de este derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6<sup>a</sup> *en retener*, que prohíbe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles; pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7<sup>a</sup> *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8<sup>a</sup> *real ó lineal*, cuando comprende á to-

da la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman *de hombre*, porque los particulares pueden á su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hai con el nombre de *incompatibilidad legal*, y es la establecida por la lei del señor don Carlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegase á producir de renta dos cuentos (1), escogiese el primogénito el que quisiera, y el otro pasase al segundogénito, y que si no habia mas que uno, se hiciese esta division entre los hijos de este.

Los mayorazgos eran por su naturaleza perpetuos, aún cuando los fundadores no lo espresaban así en las fundaciones; pero si disponian manifestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se hacian libres llegado el caso previsto en la fundación. Eran tambien indivisibles; y solo podia ocurrir un caso muy raro, cual era el de que naciesen de un parto dos varones ó dos hembras, sin que se pudiese averiguar cuál habia nacido primero, y entónces el mayorazgo se dividia por mitad (2).

Los bienes de mayorazgo eran inenajenables por la sencillísima razon de que á ninguno de sus poseedores correspondia su dominio. Sin embargo, ademas de es-

(1) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedís vellon (poco mas de 2911 pesos).

(2) *L. 12. tit. 33. Part. 7.*

tar sujetos como los bienes libres á la enajenacion en favor del público en los casos de conocida utilidad, se podian tambien enajenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesitaba informacion de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibicion de enajenar se estendia naturalmente á la de gravar, de cualquiera manera que fuese, los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que eran llamados á suceder en su posesion, parecia que tampoco deberían recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo por la lei *46 de Toro* (1) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construidos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo, sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras, pudiesen reclamar su estimacion. Los intérpretes han querido estender la disposicion de la lei á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados; pero acaso esta opinion tan seguida hasta aquí, está mas apoyada en autoridad que en la razon y en la crítica legal.

Tampoco estaban obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hubiesen contraido sus antecesores, porque no sucedian á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linaje; pero debian pagar las deudas contraídas por los fundado-

(1) *L. 6. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.*

res ántes de que fundasen el mayorazgo. No obstante esta justa ventaja que llevaban las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesion de estos, era de mas provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que daba la prelación, tanto en la línea recta como en la trasversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales podía correr la sucesion de los mayorazgos; pero los intérpretes dan este nombre á otras muchas que designan con los de *paterna* y *efectiva materna*, *masculina*, *femenina*, *contentiva* ó *comprensiva*, *actual* ó *posesoria de agnacion*, *de cualidad*, *de sustancia habitual*, *de primogenitura defectiva*, *electiva* y *postergada*. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan esplicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas (1). Otras cosas hai en este asunto harto mas arduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aquí solo pondremos un caso en que podría ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, despues de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro legiti-

(1) Los que ántes de estudiar esta materia, no se hayan ocupado en formar árboles genealógicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

mo; muerta su mujer pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este legitimado por subsiguiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales á los legítimos, y siendo de mas edad el legitimado, parece que debía ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo la sentencia contraria es la mas fundada y seguida, porque la legitimacion no puede hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

Los pleitos que ocurrían acerca de la sucesion de los mayorazgos, debían sustanciarse en las chancillerías y audiencias; pero habia un juicio llamado *de tenuta*, que era privativo del Consejo. Cuando no se hacia oposicion al sucesor, la posesion le era transmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la lei, conforme á la *45 de Toro*; por lo que á esta posesion se le daba el nombre de *civilisima*.

En toda la doctrina de los mayorazgos hemos hablado de su institucion, especies, etc., como de una cosa pasada, porque su desvinculacion, principiada por el decreto de las cortes de 27 de setiembre de 1820 y confirmada por otros posteriores, puede mirarse como un hecho irrevocable. Sin embargo merece advertirse, que la última lei que sobre tal materia ha recaído, que es la de 49 de agosto de 1841, prescribe en su primer artículo, que las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional sobre supresion de mayorazgos y otras

vinculaciones, continúe en vigor *solo en la Peninsula é Islas adyacentes.*

Estos son los puntos que nos habíamos propuesto esplanar en el presente apéndice, pues aunque los de *retractos* y *censos* constituyen dos de las diferencias mas esenciales entre nuestro Derecho y el romano, quedan ya explicados suficientemente en las notas de las págs. 72 á 76 y 94 á 107 de este tomo, y juzgamos superfluo repetir aquí lo que en ellas se ha dicho.

## BIBLIOTECA

PARA EL QUE SE DEDIQUE AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

### *Introduccion é historia.*

ARÓLAS. Introduccion al estudio del Derecho romano. Valencia, 1843, 8vo. may.

BACHII historia jurisprudentiæ romanæ. Novis observationibus auxit Stockmann. Lipsiæ, 1806. 8vo.

Principia Juris civilis tum romani tum gallici, auctore DUPIN. Parisiis, 1806-12. 5 vols. 42vo.

Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por M. DUPIN. *Se halla en el tomo primero de estas Recitaciones, pág. 47 y siguientes.*

Introduction à l'étude du Droit romain, contenant l'histoire des sources de la jurisprudence romaine, par ÉTIENNE. Paris, 1825. 42vo.

Historia de los tres Derechos, romano, canónico y castellano, con un extracto del código de comercio y de

vinculaciones, continúe en vigor *solo en la Peninsula é Islas adyacentes.*

Estos son los puntos que nos habíamos propuesto esplanar en el presente apéndice, pues aunque los de *retractos* y *censos* constituyen dos de las diferencias mas esenciales entre nuestro Derecho y el romano, quedan ya explicados suficientemente en las notas de las págs. 72 á 76 y 94 á 107 de este tomo, y juzgamos superfluo repetir aquí lo que en ellas se ha dicho.

## BIBLIOTECA

PARA EL QUE SE DEDIQUE AL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO.

### *Introduccion é historia.*

ARÓLAS. Introduccion al estudio del Derecho romano. Valencia, 1843, 8vo. may.

BACHII historia jurisprudentiæ romanæ. Novis observationibus auxit Stockmann. Lipsiæ, 1806. 8vo.

Principia Juris civilis tum romani tum gallici, auctore DUPIN. Parisiis, 1806-12. 5 vols. 42vo.

Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por M. DUPIN. *Se halla en el tomo primero de estas Recitaciones, pág. 47 y siguientes.*

Introduction à l'étude du Droit romain, contenant l'histoire des sources de la jurisprudence romaine, par ÉTIENNE. Paris, 1825. 42vo.

Historia de los tres Derechos, romano, canónico y castellano, con un extracto del código de comercio y de

la lei de enjuiciamiento, por GARCÍA DE LA MADRID. Madrid, 1831. 4to.

GOTHOFREDI manuale Juris. Lugdun. Batav. 1675. 12vo.

GRAVINÆ origines Juris civilis. Lipsiæ, 1737. 4to.

HEINECCHII antiquitates romanæ jurisprudentiæ. Argent. 1755. 2 vols. 8vo.

— Historia Juris civilis rom. et germ. cum observ. Ritteri, et Silderradii historia Jur. gallicani. Argentorati, 1765. 12vo.

HOFFMANNI historia Juris romano-justiniani. Lipsiæ, 1734. 2 vols 4to.

Histoire du Droit romain par HUGO. Paris, 1821-22. 2 vols. 8vo.

De origine et progressu Juris civilis romani auctores et fragmenta collegit LEEVIUS. Lugd. Bat. 1671. 8vo.

Elementos de la historia del Derecho romano, por MALDONADO. Madrid, 1827. 8vo.

Compendio histórico de la legislación romana, dividido en seis épocas, con un apéndice á la segunda que contiene la version española de las Doce Tablas, por PALANCA Y GUTIÉRREZ. Valencia, 1840. 8vo.

Histoire de la jurisprudence romaine, par TERRASSON. Paris, 1750. fol.

*Derecho romano antes de Justiniano.*

Anton. AUGUSTINUS de legibus et senatusconsultis, cum notis Fulvii Ursinii. Romæ, 1583. 4to.

Commentaires sur la loi des XII Tables, par BOUCHAUD. Paris, 1803. 2 vols. 4to.

FENCHI leges XII Tabularum. Rintelii, 1744. 4to.

GOTHOFREDI codex theodosianus. Lugd. 1665. 6 vols. fol.

HEINECCHII ad legem juliam et papiam poppæam commentarius. Amstelod. 1731. 4to.

Jus civile antejustinianeum, codicum et optimarum editionum ope à societate jurisconsultorum curatum: prefatus est et indicem editionum adjecit G. HUGO, Berolini, 1815. 2 vols 8vo.

Leges novellæ V anecdotæ Theodosii junioris et Valentiniiani tertii. Romæ, 1767. fol.

Jurisprudentia vetus antejustinianeæ, ex recens. Ant. SCHULTINGH. Lipsiæ, 1737. 4to.

Le trésor de l'ancienne jurisprudence romaine, ou collection des fragments qui nous restent du droit romain antérieur à Justinien, trad. en français par Tissot et par Daubenton. Metz, 1811. 4to.

GAYO. La Instituta traducida al castellano con notas. Madrid, 1845. 8vo. may.

*Derecho de Justiniano con sus comentadores, esplanadores y compendiadores.*

Justi Henning. BOEHMERI exercitationes ad Pandectas. Hanov. et Gott. 1745-64. 6 vols. 4to.

Jo. BRUNEMANNI comment. in quinquaginta libros Pandectarum, ex recensione Stryckii. Colon. Allobr. 1772. 2 vols. fol.

— Commentarius in Codicem. Colon. Allobr. 1755. 2 vols. fol.

Corn. van BYNCKERSHOËCK opera omnia. Lugd. Batav. 1767. 2 vols. fol.

Sam. COCCEI Jus civile controversum. Francofurti, 1733. 2 vol. 4to.

Jac. CUJACI opera omnia, cum indice generali, notis additionibus et promptuario Dominici Alburnensis. Neapoli, Venet. et Mutinæ, 1758-95. 13 vols. fol.

Institutes de Justinien, nouvellement expliquées par DECAURROY. Paris, 1836, 3 vols. 8vo.

La jurisprudence du Code, du Digeste et des Nouvelles, par FERRIÈRE. Paris, 1688. 6 vols. 4to.

La clef des lois romaines, ou dictionnaire analytique du corps de Droit, par FIEFFÉ LACROIX. Metz, 1809. 2 vols. 4to.

HEINECCH opera ad universam jurisprudentiam, philosophiam etc. pertinentia. Genevæ, 1774. 9 vols. 4to.

Ulr. HUBERI prælectiones Juris civilis. Francofurti, 1749, 3 vols. 4to.

JUSTINIANI imperatoris corpus Juris civilis, cum notis D. Gothofredi et varior. Amstel. Elzev. 1663. 2 vols. fol.

— Institutionum, sive elementorum Juris libri quatuor, cum notis Vinnii. Lut. Paris. 1808. 2 vol. 12vo.

LAUTERBACHII collegium theorico-practicum ad Pandectas. Tubingæ, 1784. 3 vols. 4to.

LEYSERI meditationes ad Pandectas. Guelphelyti, 1744. 12 vols. 4to.

MACKELDEY. Elementos del Derecho romano, que contienen la teoría de la Instituta. Madrid, 1845. 8vo. may.

MAGRI elucidationes ad quatuor libros Institutionum Justiniani. Mexici, 1787-8. 4 vols. 4to.

Greg. MAJANSII disputationes Juris. Lugd. Batav. 1752, 2 vols. 4to.

G. MEERMANNI novus thesaurus Juris. Hagæ Comit. 1751. 8 vols. fol.

MERILLH commentarius ad Instituta. Traj. ad Rhen. 1739. 4to.

Ger. NOODT opera omnia juridica. Neapoli, 1786. 4 vols. 4to.

ORTOLAN. Explicacion histórica de las Instituciones del emperador Justiniano. Madrid, 1847. 8vo may.

EV. OTTONIS thesaurus Juris romani. Traj. 1733. 5 vols. fol.

PERREAL. Exámen sobre los elementos del Derecho romano segun el órden de las *Instituciones* de Justiniano. Valencia, 1836. 2 vols. 8vo.

PITHGORUM observationes ad Codicem et Novellas Justiniani. Parisiis, 1689. fol.

Pandectæ justinianæ in novum ordinem digestæ à POTHIER. Lugduni, 1782. 3 vols. fol.

SAVIGNY. Tratado de la posesion segun los principios del Derecho romano. Madrid, 1843. 8vo may.

Georg. Adami STRUVII syntagma jurisprudentiæ, secundum ordinem Pandectarum, cum addit. Mulleri. Jenæ, 1682-84. 2 vols. 4to.

S. STRYCKII opera præstantiora. Halæ Magd. 1746. 4 vols. fol.

Dictionnaire du Digeste, ou substance des Pandectes justiniennes, par THÉVENOT DESSAULES. Paris, 1809. 2 vols. 4to. may.

VINNII Institutionum imperialium commentarius. Lugduni, 1767. 2 vols. 4to.

VOET commentarius ad Pandectas. Traj. ad Rhen. 1793. 2 vols. fol.

*Derecho romano despues de Justiniano, y el de los godos, visigodos, etc.*

P. FR. ARPI themis cimbrica, sive de cimbrorum et vicinarum gentium antiquiss. institutis commentarius. Hamburgi, 1737. 4to.

Capitularia regum francorum, collegit BALUCIUS. Parisiis, 1780. 2 vols. fol.

Basilicon libri LX, edente Fabroto, cum supplemento. Parisiis, 1647 et Lugd. Bat. 1763. 8 vols. fol.

Compilation chronologique des ordonnances des rois de France, par G. BLANCHARD. Paris, 1745. 2 vols. fol.

Juris orient. libri tres, ab Enimundo BONEFIDIO digesti, ac notis illustrati, gr. et lat. Parisiis, 1573. 8vo.

Barbarorum leges antiquæ, collegit P. CANCIANI. Venetiis, 1781. 3 vols. fol.

J. G. ECCARDI leges francorum salicæ. Franc. 1720. fol.

Fuero Juzgo, en latin y castellano, cotejado con los mas antiguos y preciosos códices por la real Academia española. Madrid, 1815. fol.

P. KOFOD ANCHER farrago legum antiquarum Daniæ municipalium. Hafniæ, 1776. 4to.

LEUNCLAVII Jus græco-romanum. Francof. 1596. fol.

Lex cimbrica, antiqua lingua danica, variis lectionibus et versione latina illustrata, auctore P. Kofod Ancher. Hafniæ, 1783. 4to.

LINDENBROGH codex legum antiquarum, Francofurti, 1613 fol.

SAVIGNY. Histoire du Droit romain au moyen âge, trad. par Guenoux. Paris, 1830. 2 vols. 8vo.

Alfonsi à VILLADIEGO Forus antiquus regum gothorum Hispaniæ. Matriti, 1600. fol.

WENDELINI leges salicæ. Antwerp. 1649. fol.

*Derecho romano aplicado al Derecho español.*

Digesto teórico-práctico, ó recopilacion de los Derechos comun, real y canónico por los libros y títulos del Digesto, por RODRÍGUEZ DE FONSECA. Madrid, 1775. 48 vols. fol.

SALA institutiones romano-hispanæ. Matriti, 1830. 2 vols. 4to.

— Digestum romano hispanum. Matriti, 1824. 2 vols. 4to.

FIN DEL TERCERO Y ÚLTIMO TOMO.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## ÍNDICE

DEL

### TOMO TERCERO.

#### CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

	Pág.
Tít. XVI. De las obligaciones verbales. . . . .	1
Tít. XVII. De lo que sucede, cuando hai dos reos de estipular y prometer. . . . .	11
Tít. XVIII. de las estipulaciones de los esclavos. . . . .	15
Tít. XIX. De la division de las estipulaciones. . . . .	17
Tít. XX. De las estipulaciones inútiles. . . . .	22
Tít. XXI. De los fiadores. . . . .	29
Tít. XXII. De las obligaciones literales. . . . .	42
Tít. XXIII. De las obligaciones que nacen del consentimiento. . . . .	49
Tít. XXIV. De la compra y venta. . . . .	52
Tít. XXV. De la locacion y conduccion. . . . .	71
Del contrato de confiteusis. . . . .	84
Tít. XXVI. De la sociedad. . . . .	95
Tít. XXVII. Del mandato. . . . .	117
Tít. XXVIII. De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos. . . . .	127
Tít. XXIX. Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion. . . . .	142
Tít. XXX. De qué modos se estingue la obligacion. . . . .	143

#### LIBRO CUARTO.

Tít. I. De las obligaciones que nacen del delito. . . . .	159
Tít. II. De los bienes robados con violencia. . . . .	177

LINDENBROGH codex legum antiquarum, Francofurti, 1613 fol.

SAVIGNY. Histoire du Droit romain au moyen âge, trad. par Guenoux. Paris, 1830. 2 vols. 8vo.

Alfonsi à VILLADIEGO Forus antiquus regum gothorum Hispaniæ. Matriti, 1600. fol.

WENDELINI leges salicæ. Antwerp. 1649. fol.

*Derecho romano aplicado al Derecho español.*

Digesto teórico-práctico, ó recopilacion de los Derechos comun, real y canónico por los libros y títulos del Digesto, por RODRÍGUEZ DE FONSECA. Madrid, 1775. 48 vols. fol.

SALA institutiones romano-hispanæ. Matriti, 1830. 2 vols. 4to.

— Digestum romano hispanum. Matriti, 1824. 2 vols. 4to.

FIN DEL TERCERO Y ÚLTIMO TOMO.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## ÍNDICE

DEL

### TOMO TERCERO.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

	Pág.
Tít. XVI. De las obligaciones verbales. . . . .	1
Tít. XVII. De lo que sucede, cuando hai dos reos de estipular y prometer. . . . .	11
Tít. XVIII. de las estipulaciones de los esclavos. . . . .	15
Tít. XIX. De la division de las estipulaciones. . . . .	17
Tít. XX. De las estipulaciones inútiles. . . . .	22
Tít. XXI. De los fiadores. . . . .	29
Tít. XXII. De las obligaciones literales. . . . .	42
Tít. XXIII. De las obligaciones que nacen del consentimiento. . . . .	49
Tít. XXIV. De la compra y venta. . . . .	52
Tít. XXV. De la locacion y conduccion. . . . .	71
Del contrato de confiteusis. . . . .	84
Tít. XXVI. De la sociedad. . . . .	95
Tít. XXVII. Del mandato. . . . .	117
Tít. XXVIII. De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos. . . . .	127
Tít. XXIX. Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion. . . . .	142
Tít. XXX. De qué modos se estingue la obligacion. . . . .	143
<b>LIBRO CUARTO.</b>	
Tít. I. De las obligaciones que nacen del delito. . . . .	159
Tít. II. De los bienes robados con violencia. . . . .	177

Tir. III. De la lei aquilia. . . . .	180
Tir. IV. De las injurias. . . . .	187
Tir. V. De las obligaciones que nacen del cuasi delito. . . . .	194
Tir. VI. De las acciones. . . . .	203
Tir. VII. De los que negocian con los que están bajo de potestad ajena. . . . .	144
Tir. VIII. De las acciones noxales. . . . .	256
Tir. IX. De los menoscabos causados por las bestias. . . . .	258
Tir. X. De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio. . . . .	261
Tir. XI. De las cauciones. . . . .	266
Tir. XII. De las acciones perpetuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos. . . . .	269
Tir. XIII. De las escepciones. . . . .	275
Tir. XIV. De las réplicas. . . . .	279
Tir. XV. De los interdictos. . . . .	280
Tir. XVI. De la pena de los litigantes temerarios. . . . .	288
Tir. XVII. Del oficio del juez. . . . .	291
Tir. XVIII. De los juicios públicos. . . . .	297

## APÉNDICE PRIMERO.

Modo de conciliar el Derecho romano en caso de una contradiccion entre sus diferentes partes. . . . .	311
Idea de la posesion y de su naturaleza en el Derecho romano. . . . .	313

## APÉNDICE SEGUNDO.

Origen, progresos é influencia que ha tenido el Derecho romano en la legislacion española. . . . .	334
Las principales materias en que el Derecho español no concuerda con el romano. . . . .	367
Biblioteca para el que se dedique al estudio del Derecho romano. . . . .	401

