

## A LA LEY LXXXVIII.

Scaevola, lib. 5. de las Questiones.

No se entiende que hay mora donde no ha habido petición.

Queda explicada esta Regla en la l. qui sine dolo, 63.

## A LA LEY LXXXIX.

Paulo, lib. 10. de las Questiones.

En tanto que pueda valer el testamento, no se admite al heredero legítimo. (1)

## ESPLICACION.

La facultad de hacer testamento se ha introducido con el objeto de que no heredé al difunto, sino aquel á quien haya tenido voluntad de dejar sus bienes; y por eso se establece con mucha razon que mientras el testamento del difunto pueda va-

## AD L. LXXXVIII.

Scaevola, lib. 5. Quaestionum.

Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

Lex nulla 88. explicata est supra, in l. qui sine dolo 63.

## AD L. LXXXIX.

Paulus, lib. 10. Quaestionum.

Quamdiu possit valere testamentum, tandiu legitimus non admittitur.

## EXPLICATIO.

Testamenti condendi facultas ideo est introducta, ne quis quem nollet, haeredom haberet, sed potius quem vellet, haeredom sibi eligeret: ideo-

ler de alguna manera; no se admita al heredero legítimo, que lo sería *ab intestato*. Concuerta con esta Regla la l. *quamdiu*, 59. D. de *acquir. hered.* 29.—2. (2) La razon de esa disposicion es que la provision del hombre hace cesar la provision de la ley. l. *si mulier*, 44. C. de *pactis conv.* 3.—14. Y la última voluntad del hombre se ha de guardar como si fuera ley, §. *disponat*, *auth. de nuptiis*. (3) Pero de diversos modos puede suceder que un hombre muera intestado:

—Primeramente: Si no ha hecho testamento alguno.

—Segundamente: Si el que ha hecho se declara irritó ó roto.

—Terceramente: Si ninguno de los herederos instituidos en el testamento acepta la herencia. *Inst. in princ. de hered. quae ab intest.* 5.—1. (4)

A esto último se refiere la l. *si nemo*, 181. inf. h. t. 50.—17. que dice: "Que si ninguno acepta la herencia, caduca todo el derecho del testamento." Tal principio se funda en que la institucion de heredero se reputa como la base y cabeza del testamento; y que á ella están subordinadas todas sus restantes disposiciones; y por eso no puede tener valor alguno aquel en que se haya omitido tal institucion. §. *ante heredis*, 54. *Inst.*

que optima ratione hic constitutum est, tandiu haeredom legitimum ab intestato non admitti, quandiu defuncti testamentum valere possit. *concord. l. quamdiu* 39. ff. de *acqu. haer.* Ratio est, quia provisio hominis tollit provisionem legis l. *ult. C. de pact. convent. &c.* Et ultima voluntas defuncti pro lege servanda est. §. *disponat. Auth. de nuptiis.* Accidit autem diversis modis, ut quis intestatus decedat.

Primo si nullum fecerit testamentum.

Secundo, si id, quod fecerit, irritum ruptive factum est.

Tertio si nemo haeres ex condito testamento haereditatem adierit, §.

1. *Instit. de haered. quae ab intestato.*

Huc pertinet l. 181. inf. eod. *Si nemo subiit haereditatem, omne jus testamenti solvitur.* Cujus haec est ratio, quod haeredis institutio caput atque fundamentum sit testamenti, ex quo omnia pendent, quae in testamento sunt disposita. Nullum enim testamentum valere potest, quod haeredom non habet, §. *ante haeredis, Inst. de legat.* Proinde libertates

de legat. 2.—20. Y en el caso de que la herencia no se acepte, las libertades se anulan *ipso jure*, no subsisten los legados ó fideicomisos, ni el nombramiento de tutor. *l. Papinianus, 8. §. si ex causa, 16. et §. plane, 17. D. de inof. testam., 5.—5. l. si nemo, 9. D. de testam. tut. 26.—2. (5)* Se limita la Regla en el caso de que alguno haga la institucion en estos términos: *Si mi heredero legitimo no quisiere vindicar mi herencia, sea mi heredero Ticio,* pues aunque no se instituye como heredero al legitimo, sin embargo, por ser tal la voluntad del testador, se llama á la herencia al heredero legitimo antes que al testamentario; precediendo así la causa de lo intestado á la de lo testado. *l. si quis ita, 82. D. de hered. instit. 23.—5. (6)* Hay otra excepcion de la Regla en la *l. hac consultissima, 24. §. si quis autem testamento, 5. C. de testam. 6.—23. (7)* que establece, que el testamento solemne anterior puede revocarse por otro posterior menos solemne, hecho ante cinco testigos, siempre que en este se instituyan por herederos los que habrian de suceder *ab intestato*; agregando la misma ley, que la disposicion posterior del testador debe valer no como testamento, sino como última voluntad de un intes-

*ipso jure non valent, nec legata aut fideicommissa debentur, neque tutoris datio subsistit, si haereditas ex testamento non adeatur, l. Papinianus 8. §. pen. et ult. ff. de inoffic. testam. l. si nemo 9. supra de testam. tutela. limitatur superior regula, nisi ita haeres instituat: Si legitimus haeres nolit vindicare haereditatem, Titius haeres esto. Hic nulla est institutio legitimorum haeredum nominatim facta, sed tamen ex voluntate testatoris ante testamentarium haereditatem admittuntur haeredes ab intestato, et sic causa intestati praecedit causam testati, l. si quis ita 82. de haered. instit. Alia exceptio depromi potest ex l. hac consultissima, §. ult. C. de testam. ubi statuitur, quod testamentum prius solemne tollatur per aliud minus solemne confectum coram quinque testibus, in quo scripti erant haeredes, qui alias ab intestato erant successuri, ubi additur, posteriorem voluntatem non quasi testamentum, sed quasi ultimam voluntatem intestati valere, ubi notatur casus specialis, quo casu intestati trahit ad se causam testati. Vide Clar. lib. 3. sentent. §. testamentum quaest. 97.*

tado; y notando como una cosa especial que en este caso la causa de lo intestado atrae la causa de lo testado. Véase á Claro, *lib. 5. sentent. §. testamentum, quaest. 97.*

- (1) Gomez, tomo 1.º cap. 2. n. 12.  
 (2) Gomez, id. id.  
 (3) Castillo, lib. 5. controv. cap. 101. n. 4.  
 (4) Ley 1.ª t. 13. P. 6.ª La última manera de intestado se funda en el principio de los romanos de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado; principio que fué adoptado por la legislación de las Partidas; pero que ha sido derogado por la ley 1.ª t. 18. lib. 10. N. R. De consiguiente: si el heredero instituido en el testamento no quisiese aceptar la herencia, esta pasaría á los herederos *ab intestato*, y el testamento valdria en todas sus restantes disposiciones.  
 (5) Véase la nota anterior.  
 (6) Gomez, tomo 1.º cap. 3. n. 3. y n. 23. §. 1.º  
 (7) Concuerdan con esta ley las leyes 7. t. 1.º y 34. t. 9. P. 6.ª Pero están derogadas por la 3.ª de Toro, que exige en el caso las mismas solemnidades que para los testamentos, en que se instituyan personas estrañas.

## A LA LEY XC.

Paulo, lib. 15. de las Questiones.

En todas las cosas, y muy particularmente en el derecho, debe atenderse á la equidad. (1)

**ESPLICACION.**

En el derecho lo mismo que en todas las demás cosas, debe atenderse de preferencia á la equidad. *text. hic. et in l. placuit, 8. C. de judic. 3.—4.* Por eso se dice que el sumo derecho es una suma injuria y un gran tormento. Si siempre hubiera de decidirse segun la razon estricta del derecho, se incidiria algunas veces en lamentables errores, que se cometerian á la sombra de la jurisprudencia. *l. si servum, 91. §. sequitur, 5. D. de verb. oblig. 45.—4.* Oldendorpio, en su libro del derecho y la equidad, define esta diciendo que es la moderacion de la ley escrita, atendiendo á la diversidad de las circunstancias, esto es, de las cosas, de las personas, de los lugares y de

## AD L. XC.

Paulus, lib. 15. Quaestionum.

In omnibus quidem, maxime tamen in jure, aequitas spectanda sit.

## EXPLICATIO.

Cum in omnibus rebus, tum in jure aequitatis maxime habenda est ratio. *text. h. et in l. placuit 8. C. de Jud.* Summum enim jus, ut dicitur, summa crux et injuria est. Etsi stricti juris ratio semper habenda esset, sub autoritate juris scientiae perniciose aliquando erraretur, *l. si servo. 91. §. sequitur ff. de verb. oblig.* Est autem AEQUITAS, auctore Oldendorpio, in libello de jure et aequitate, mitigatio legis scriptae ob diversitatem circumstantiarum, rerum scilicet, personarum, locorum et temporum.

los tiempos. O como dijo Aristóteles, según refiere Duarenó, *lib. 3. disput. univers.*: equidad es la razon natural colocada en mente de buen varon. Ciceron, en la oracion en favor de Cluencio, la llama dilatacion de la ley, porque, en virtud de alguna circunstancia, mitiga y modera la ley escrita. Hostiense dice que la equidad es la justicia templada por la dulzura de la misericordia. Y otros, finalmente, la definen diciendo que es el suplemento de la ley escrita.

Derecho estricto es aquel que establece algo de una manera universal sin tomar para nada en cuenta las circunstancias: se llama así por su estricta y exacta comprension, es mas severo que la equidad, y muchas veces está en contradiccion con ella. *l. in summa, 2. §. item Varus, 5. in fin. de aq. plu. ure. 39. —5.* En esta ley, dice el Jurisconsulto, se ha decidido el caso de que en ella se trata, guiándose por la equidad y por el derecho. Por eso es que el juez debe tener siempre presente la equidad, ya para condenar ó ya para absolver; *l. quod si Sphesi, 4. §. interdum, 4. in fin. D. de eo quod cert. loc. 145. —4. (2)* y por esto es tambien que el juez, antes de comenzar á ejercer su oficio, debe jurar que siempre juzgará segun la equidad.

Vel Aequitas est, ratio naturalis in mente viri boni posita, quam Aristoteles teste Duareno *lib. 3. disputat. annivers. c. 18.* Cicero in Oratione pro Cluencio legis laxamentum vocat, quod legem scriptam ob aliquam circumstantiam mitigat, et moderatur. Ab Hostiense definitur, quod aequitas sit justitia dulcior misericordiae temperata. Alii definiunt aequitatem esse interpretationem scriptae legis supplementum. Strictum jus est, quod nulla circumstantiarum habita ratione, in universum aliquid decedit: sic dictum, quasi stricte et exacte compressum, ac plus aequo durum. Hoc strictum jus sive rigor juris aequo et bono seu aequitati plerumque opponitur. *l. 2. §. Item Varus 5. ff. de aequi. plu. ure.* ubi dicit JG. Haec aequitas suggerit, etiamsi jure deficiamus. Hinc requiritur in iudice, ut aequitatem semper ante oculos habeat in condemnando et absolviendo, *l. 4. §. in fin. de eo, quod certo loc.* Item quod iudex in principio sui officii jurare debeat, quod in judicando velit aequitatem sequi, *Novella const. 8. §. Et subdit.* Hinc est quod ex aeq

*Nov. const. 8. t. 5.* De aqui es que los pactos se han de interpretar segun la equidad. *l. si socius, 81. D. pro socio, 17.*—*2. (3)* Y por la equidad tambien hay que separarse muchas veces de la naturaleza del contrato y de las palabras del testador. *l. si et me et Titium, 32. D. de reb. cred. 12.*—*1. l. qui filium, 74. §. Fabius Antoninus, 1. D. ad S. C. Trebell. 36.*—*1. (4)* Algunas veces tambien se prescinde por equidad de las solemnidades del derecho. *l. et si nihil, 185. D. h. t. 50.*—*17. l. Divus Antoninus, 7. D. de in integ. restit. 4.*—*1. (5)* Las leyes citadas establecen que la equidad debe preferirse á la mente y al testo de la ley. Pero lo dicho debe entenderse que tiene aplicacion en los casos dudosos; pues si el espíritu de la ley fuese claro, y sus palabras espresas y terminantes, no habria entonces lugar á la equidad, sino que deberia aplicarse la ley en todo su rigor. *l. prospexit, 12. §. ipsa igitur, 1. D. qui et á quib. manum. 40.*—*9.* en cuya ley dice el Jurisconsulto: "Esto, á la verdad, es muy duro; pero así está escrito en la ley." (6) Así es que solo al Legislador corresponde dulcificar el rigor de la ley, ó interpretarla benignamente por la equidad. *l. inter aequilatem, 1. l. leges sacratissimae, 9. C. de leg. 1.*—*14. (7)* Esta distincion es aprobada por *Fachim, lib. 1.º contro. jur. c. 5.*

Et propter aequitatem a natura contractus et verbis testatoris aliquando receditur, *l. si et me et Tit. 32. ff. de reb. credit. pet. l. qui filium 74. §. fin. ff. ad S. C. Trebell.* Item et solemnia juris propter aequitatem quandoque negliguntur, *l. etsi nihil, infra eod. l. Divus T. ff. de in int. restit.* Ex quibus constat, aequitatem menti et verbis legis esse preferendam. Quod verum est in casu dubio; alioqui si mens legis certa esset, aut verba ejus manifesta et aperta essent, nulla consideraretur aequitas, sed rigor juris stricte servandus esset, *l. prospexit 12. ff. qui et a quib. Ubi Jurisconsultus inquit: Quod quidem per quam durum est, sed tamen lex ita scripta est. Et solus Principis est legem duram scriptam mollire, et propter aequitatem interpretando moderari. l. 1. et 9. C. de legib. ubi DD. Approbat hanc distinctionem Fachim. lib. 1.º contro. jur. c. 5.*

- (1) Ley 28. t. 11. P. 4.º glos. 2. Véase la nota 10. Regla 85.
- (2) Véase la nota 1. á la Regla 56.
- (3) Menochio, de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 93. n. 2.
- (4) Lopez, en la glos. 2. á la ley 4. t. 14. P. 6.º Gutierrez, repet. Auth. sacramenta puberum, C. si advers. vend. n. 82.
- (5) Ley 4. t. 22. P. 3.º glos. 6. 8. y 9. ley 115. t. 18. P. 3.º glos. 7. vers. "Intellige etiam."
- (6) Ley 10. t. 17. P. 7.º y glos. 8.
- (7) Ley 14. t. 1.º P. 1.º

## EXPLICACION.

Se entiende aqui por derecho antiguo el derecho de sucesion natural, porque el derecho natural que es el mas antiguo de todos, exige que nuestros bienes pasen á nuestros hijos, y á aquellos con quienes estamos mas próximamente ligados por los vinculos de la sangre y del parentesco. La sucesion testamentaria se ha inventado por el derecho nuevo, y en virtud de ella podemos instituir por heredero á quien mejor nos parezca. Luego siempre que se instituya por heredero testamento á la misma persona que hubiera de suceder en caso de muerte, bien puede aceptar, y ser admitido á la sucesion legítima, aun cuando haya renunciado á la testamentaria. Por el con-

## AD L. XXI.

Fabius, lib. IX. Quaeestio.

Quaestio duplex iure dicitur esse successio repudiata, nova iure quod ante dicitur, superior velus.

## EXPLICACION.

Velus ius vocatur ius succedendi ab intestato. Quia iure naturae quod natura est, non nostra debentur liberi, et illi qui successione cessantibus proximis debentur sunt. Successio testamentaria est ex iure novo protecta, ius enim, quem volumus, heredem instituit. Quod ius iuris est factus instituitur est testamentum, qui ab intestato erat successio, et hic repudiata testamentaria successio, nullum ius in-

## A LA LEY XCI.

Paulo, lib. 17. de las Questiones.

Cuando se defiere á alguno la sucesion por un doble titulo; repudiado el nuevo derecho, que se defiere antes, queda no obstante el antiguo. (1)

## ESPLICACION.

Se entiende aquí por derecho antiguo el derecho de suceder *ab intestato*; porque el derecho natural, que es el mas antiguo de todos, exige que nuestros bienes pasen á nuestros hijos, y á aquellos con quienes estamos mas próximamente ligados por los vínculos de la sangre y del parentesco. La sucesion testamentaria se ha inventado por el derecho nuevo, y en virtud de ella podemos instituir por heredero á quien mejor nos parezca. Luego siempre que se instituya por heredero testamentario á la misma persona que hubiera de suceder *ab intestato*, bien puede aceptar, y ser admitido á la sucesion legitima, aun cuando haya renunciado la testamentaria. Por el con-

## AD L. XCI.

Paulus, lib. 17. Quaestionum.

Quoties duplici jure defertur alicui successio repudiato novo jure, quod ante defertur, supererit vetus.

## EXPLICATIO.

Vetus jus vocatur jus succedendi ab intestato. Quia jure naturae, quod antiquius est, bona nostra debentur liberis, et iis, qui sanguinis necessitudine proxime nobis devincti sunt. Successio testamentaria est ex jure novo profecta, qua eum, quem volumus, haeredem instituimus. Quoties igitur qui haeres institutus est testamento, qui ab intestato erat successurus, si hic repudiet testamentariam successionem, nihilominus tan-

trario, si el heredero legitimo renuncia la herencia que le corresponde *ab intestato*, sabiendo que además estaba instituido en el testamento, debe creerse que ha renunciado á ambas; pero si ignoraba la circunstancia de la institucion, en tal caso no le perjudicará su renuncia. *l. nec is, 17. §. haeres, 1. D. de acquir. heraed. 29.—2. (2)*. La razon de esta diferencia consiste en que, renunciando la sucesion testamentaria, no se entiende por eso que se renuncia tambien la legitima, supuesto que esta no ha podido conseguirla, ni aun serle deferida. *l. quamdiu, 5. D. eod. tit. 29.—2. (3)*. Pero el que renuncia la sucesion legitima, se juzga que ha renunciado tambien la testamentaria, porque de otro modo ningun efecto produciria la primera renuncia.

Se limita la Regla en el caso de que alguno haya renunciado espresa y determinadamente la sucesion testamentaria; pues que si la renuncia á la herencia y sucesion de algun difunto fuese absoluta y general, ella se estiende á todos los derechos, por numerosos que sean, en virtud de los cuales hubiera podido adquirirse la herencia. *Bart. ad dict. l. nec is, 17.* Puede ponerse otro ejemplo de la Regla. Si un hijo eman-

quam legitimus ad haereditatem potest admitti ab intestato. Sed e contra, si quis repudiet quasi legitimus haeres haereditatem sibi delatam ab intestato, is si quidem se haeredem institutum esse sciat, credendus est utramque repudiasse: si nesciat se institutum haeredem, nihil ei nocebit repudiatio, *l. nec is 17. §. 1. ff. de acqu. haered.* Ratio diversitatis haec est, quod testamentariae successioni renuntians, legitimae renuntiare nequit; quia eam nondum est consecutus, seu nondum ei delata est, *l. quamdiu, sup. eod.* At qui renuntiat successioni legitimae, censetur etiam testamentariam repudiasse, quia alias prior renuntiatio nihil operatur.

Limitatur regula, si quis testamentariae successioni nominatim et expresse renuntiet. Nam si simpliciter vel generaliter fuerit renuntiatum haereditati vel successioni alicujus defuncti, toti haereditario juri renuntiatum censebitur, licet ex mille capitibus succedere potuerit, *Bart. ad d. l. nec is 17.* Aliud exemplum poni potest in filio emancipato, qui si praeterit patrem, duplici jure ei haereditas filii defertur. Jure novo per

cipado ha preterido á su padre en el testamento, el padre tiene dos medios para alcanzar la herencia de su hijo: el uno, introducido por el derecho nuevo, y consiste en la posesion de los bienes contra las tablas del testamento: *l. emancipatus, 4. §. patre autem, 6. D. si á parent. quis manum, 37.—12. l. si á milite, 29. §. patri ejus, 5. D. de testam. milit. 29.—1.* el otro que se funda en el derecho antiguo, y es la queja de inoficioso testamento. *l. pater filium, 14. et l. nam et si parentibus, 15. D. de inof. test. 5.—2. (4)* De estos dos remedios debe adoptarse de preferencia el primero, esto es, la posesion contra las tablas del testamento, pues la queja de inoficioso solo tiene lugar como un subsidio extremo y último. *§. tam. autem, 2. Inst. de inof. testament. 2.—18. (5)* Luego desechada la posesion de los bienes contra las tablas, puede ocurrirse todavía al derecho antiguo, y en su virtud entablar la queja de inoficioso testamento. Así esplican esta ley *Cujac. lib. Observ. 8. cap. 25. Vigil. ad §. 4. Inst. de inof. testam.*

Todavía se presenta otro ejemplo de nuestra Regla, en la hija que renuncia á la herencia paterna; pues que sin embargo de tal renuncia, puede despues suceder á su hermano en la

bonorum possessionem contra tabulas, *leg. 1. §. ultim. ff. Si a par. qui manu. sit si quis a parente &c. 37.—12. et l. si a milite 29. §. ult. ff. de testam. mil.* Jure antiquo competit ei querela inofficiosi testamenti, *l. 14. et 15. ff. de inoff. test.* Sed prius deferitur patri bonorum possessio contra tabulas, quam querela inofficiosi, quae est ultimum et extremum juris subsidium, *§. Tam autem Inst. de inoff. test.* Igitur repudiata bonorum possessione contra tabulas, superest jus vetus, et relictus est locus querelae inofficiosi. Ita eleganter explicant hanc *l. Cuj. lib. Obs. 8. cap. 23. Vigil. ad §. 1. inst. de inoff. testam.* Adferri etiam potest aliud exemplum hujus regulae, in filia renuntiante haereditati paternae: nam non prohibetur fratri postea succedere in haereditate paterna, quae ex persona fratris sibi deferitur, cum illa ex novo jure deferatur. *Decius l. num. 6. Costal. ad l. Avus. ff. de pact.* Ratio est, quia bona patris post ejus mortem fratri quaesita, non amplius dicuntur paterna, sed fraterna. *leg. si avia 19. C. de donat. Guid. Pap. decis. 192.*

misma herencia paterna, que se le desiere por mediacion de su hermano, en razon de que en este caso la adquiere en virtud de un nuevo derecho que no estaba comprendido en la renuncia anterior. *Decio, hic. n. 6. Costal. ad l. avus, D. de pact.* La razon de esto es que, una vez que el hermano de la renunciante ha adquirido por herencia los bienes de su padre, tales bienes, respecto de ella, ya no pueden decirse paternos sino fraternos. *l. si avia, 19. C. de donat. 8.—54. Guid. Pap. decis. 192. (6)*

(1) Ley 19. t. 6. P. 6.<sup>o</sup>

(2) La misma ley 19. t. 6. P. 6.<sup>o</sup>

(3) Gomez, tom. 1.<sup>o</sup> cap. 3. n. 14. vers. *Ex quo deducitur.*

(4) Lopez, en la glos. 4. á la ley 1.<sup>o</sup> t. 7. P. 6.<sup>o</sup> y ley 1.<sup>o</sup> t. 8. P. 6.<sup>o</sup> Spino, *specul. testament. glos. 20. princ. n. 98.*

(5) La posesion de los bienes contra las tablas del testamento era entre los romanos un remedio en virtud del cual el Pretor daba la herencia á aquel ascendiente ó descendiente que habia sido injustamente desheredado ó preterido en el testamento. La necesidad de este remedio consistia en el principio de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado y en lo deshonroso que era para ellos morir intestados. Pero no sucediendo lo mismo entre nosotros, según se ha dicho en la nota 4 á la Regla 89; tampoco hay necesidad de aquel remedio; y por lo mismo, en todo caso de injusta desheredacion ú omision sin causa de alguno que por la ley sea heredero forzoso del testador, se ocurre á la queja de inoficioso (dicha ley 1.<sup>o</sup> t. 8. P. 6.<sup>o</sup>); y lo mismo en el caso de pretericion de un hermano del testador, si el heredero instituido es persona indigna. Ley 2. t. 8. P. 6.<sup>o</sup>

(6) Lopez en la glos. 4. á la ley 6. t. 11. P. 6.<sup>o</sup> §. *Quid autem si quis haberet, in fin. vers. In contrarium tamen.* Covarruv. *Relect. cap. quamvis pactum, part. 3. §. 3. n. 2.*

## A LA LEY XCII.

Scaevola, lib. 5. de las Respuestas.

Si el escribiente ha errado al trascribir las palabras de la estipulación, no por eso dejan de quedar obligados el deudor y su fiador. (1)

## ESPLICACION.

Esta Regla explica sencillamente que el error del notario, al escribir un instrumento, ni vicia el contrato contenido en él, ni puede perjudicar á las partes contratantes; porque tiene mas vigor lo que estas han pactado, que lo que simulada ó torpemente se ha hecho constar en la escritura. *l. in contractibus, 4. C. plus valere quod agitur, 4.—22.* (2) Por esto es que si el notario, en el instrumento de estipulación, omitió hacer mención del fiador, ó puso primero la respuesta que la pregunta, no por eso quedan menos obligados el reo y el fiador. *l. licet epistolae, 1. C. de contrah. stipulat. 8.—58. l. Titia, 134; §. idem respondit, 2. D. de verb. obligat. 45.—1.* (3) Esta Re-

## AD L. XCII.

Scaevola, lib. 5. Responsorum.

Si librarius in transcribendis stipulationis verbis errasset: nihil nocere, quominus et reus et fidejussor teneatur.

## EXPLICATIO.

Regula simpliciter docet, errorem Notarii in scribendo instrumento commissum, non vitare contractum aut stipulationem, nec partibus nocere. Ratio haec est, quod magis valeat, quod inter contrahentes actum est, quam quod scriptura simulate aut perperam conceptum est, *l. 1. C. plus valere, quod agitur.* Unde si Notarius in instrumento stipulationis, fidejussoris dationem omiserit, aut responsonem interrogationi praepo-

gla tiene aplicación, no solo en los contratos, sino tambien en los testamentos. *l. ambiguitates, 24. C. de testam. 6.—26.* (4) En esta ley se establece que el error del que escribe el testamento no puede disminuir jamás la solemnidad del derecho por haberse escrito menos de lo que se espresó. *l. errore, 7. C. de testam. 6.—25.* (5) La aplicación de la Regla en este caso solo procede cuando se prueba plenamente el error del notario; porque habiendo duda, no se presume tal error, y se ha de estar á las palabras del instrumento ó de la escritura, segun la *l. si alii, 19. D. de usufr. legat. 33.—2.* (6) en la que se dice “que algunas veces vale mas lo escrito que lo que se ha hecho.” Siempre se presume que se ha recomendado al notario, que ponga en el instrumento aquellas cláusulas que son de costumbre insertar en él. La presuncion, pues, está á favor del instrumento, esto es, se presume que lo que en él se contiene, ha sido escrito, porque así lo han querido las partes contratantes. Así lo establece la *l. cum precibus, 18. C. de probat. 4.—19.* (7) en la que se dice que se presume ser verdadero todo lo escrito en el instrumento, mientras no se prueba lo contrario. *Decius, hic. n. 3.*

si fuerit, nihil obest, quominus reus et fidejussor teneantur. *l. 1. C. de contr. stip. l. Titia 134. §. idem respondit 2. ff. de verb. obl.* Quae regula procedit, non solum in contractibus, sed etiam in testamentis, *l. ambiguitates 24. C. de testam.* Ubi Imperator eleganter rescripsit: quod errore scribentis testamentum, juris solennitas mutilari non possit, quando minus scriptum, plus nuncupatum est. *l. errore 7. C. de test.* Procedit autem regula, quando de errore Notarii aperte constat. Nam in dubio error non praesumitur, standumque est verbis scripturae, vel instrumenti, *l. si alii 19. de usufr. leg.* ubi dicitur, interdum plus valet scriptura, quam quod actum est. Et Notarius censetur a partibus rogatus, ut in instrumento eas clausulas inserat, quae moribus inseri consueverunt. Militat igitur pro instrumento praesumptio, ut quicquid in eo scriptum sit, de voluntate contrahentium insertum videatur, *l. cum precibus 18. C. de probat.* ubi dicitur, quod praesumantur omnia vera esse, quae in instrumento scripta sunt, donec probetur contrarium *Decius hic num. 3.*

Ocorre ahora la cuestion de si puede enmendarse el error en que haya incurrido el notario, y para resolverla debe decirse: que si las palabras de que se ha usado no son bastante castizas, ó son oscuras ú equívocas, puede hacerse la enmienda é ilustracion, con tal de que no se inmute en manera alguna la mente que tuvieron los contrayentes al celebrar el acto. Así lo enseña *Petr. Fabr. hic. per leg. actorem, 46. D. de re jud.* donde dice que no es prohibido enmendar las palabras de los contrayentes, conservándose íntegra su intencion. (8)

- (1) Lopez, en la glos. 2. á la ley 54. t. 18. P. 3.<sup>o</sup>  
 (2) Castillo, lib. 4. *Controv. cap. 7. n. 17. y sig. y cap. 19. n. 1. y sig.*  
 (3) El mismo Castillo en los lugares citados en la nota anterior; teniéndose presente que las solemnidades de la estipulacion están abolidas por la ley 1.<sup>o</sup> t. 1.<sup>o</sup> lib. 10. N. R.  
 (4) Gomez, tom. 1.<sup>o</sup> cap. 2. n. 5.  
 (5) Castillo, lib. 4. cap. 19. n. 1.  
 (6) Castillo, en el mismo lugar, n. 1. á 12. Mascardo, *de probat. conclus. 1.344.*  
 (7) Ley 40. t. 11. P. 5.<sup>o</sup> y su glos. 6. Sobre los requisitos necesarios para probar la falsedad de un instrumento público, véanse las leyes 115. 117. y 118. t. 18. P. 3.<sup>o</sup> y 32. t. 11. P. 5.<sup>o</sup>  
 (8) Los autores citados en la nota 6.

Illud quaeri potest, an error a Notario commissus emendari possit? Et dicendum, si minus latina, et obscura, et mendosa verba sunt, emendari, restitui et illustrari posse, modo de sententia ejus, quod inter contrahentes actum est, nihil immutetur; *Notat Petr. Faber hic per l. actorum 46. ff. de re judic. ubi dicitur, quod actorum verba tenore sententiae perseverante, emendare non sit prohibitum.*

## A LA LEY XCIII.

**Marciano, lib. 1. de los Fideicomisos.**  
 Parece que el hijo de familia ni adquiere, ni retiene, ni recobra la posesion de la cosa que pertenece al peculio. (1)

### ESPLICACION.

El fundamento de esta ley es que todo lo que adquiere el hijo, lo adquiere para el padre bajo cuya potestad se encuentra; de manera que ni por un momento se reputa ser del hijo la adquisicion. *l. placet, 79. D. de acquir. haered. 29.—2.* (2) En consecuencia, todo lo que adquiriera el hijo en calidad de peculio, lo posee desde luego su padre, aun ignorándolo. *l. quidquid, 4. D. de acquir. posses. 44.—2.* (3) De aquí resulta tambien que el padre, y no el hijo, queda obligado por el contrato que este haya celebrado relativamente al peculio. *l. depositi, 5. l. si quis, 44. D. de pecul. 15.—1.* (4)

Pero lo que se ha dicho, no procede ya segun el derecho

## AD L. XCIII.

### Marcianus, lib. 1. Fideicommissorum.

Filius familias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei pecularis videtur.

### EXPLICATIO.

Ratio legis est, quod quicquid filius acquirit, patri acquirat, in cujus est potestate, adeo quidem, ut ne momento in persona filii subsistat adquisitio, *l. placet 79. ff. de acquir. haered.* Unde etiam quicquid filius peculiari nomine apprehendit, statim pater ejus possidet etiam ignorans, *leg. 4. de acquir. posses.* Qua ratione quoque fit, ut de peculio pater ex contractu filii, non autem ipse filius teneatur, *leg. depositi 5. l. si quis*



moderno; porque, segun este, el hijo de familia tiene la propiedad en el peculio adventicio, y su padre solo el usufructo de él; y el castrense y quasi-castrense pertenece todo al hijo, tanto en cuanto á la propiedad, como en cuanto al usufructo. *l. cum oportet, 6. C. de bon. quae liber. 6.—4.* (5) Luego lo que se establece en la Regla, debe entenderse solo del peculio profecticio.

(1) Debe entenderse la Regla, segun se dice despues en ella misma, como refiriéndose únicamente al peculio profecticio, que pertenece todo al padre; y en consecuencia, de este solo es la posesion y el ejercicio de los interdictos que á ella se refieren. Ley 5. t. 17. P. 4.ª y Menochio, *de recuperand. possess. Remed.* 15. n. 298.

(2) La misma ley 5. t. 17. P. 4.ª y ley 13. t. 6. P. 6.ª

(3) Véase la nota 1.ª

(4) El hijo menor de veinticinco años no puede celebrar contrato, alguno sin el consentimiento de su padre; y si de hecho lo celebrare, solo será válido en aquello que sea útil y provechoso al hijo. Ley 4. t. 11. P. 5.ª

(5) Ley 5. t. 17. P. 4.ª

*cum 44. ff. de pecul.* Sed haec novo jure non obtinent. Nam filiusfam. in adventitio peculio sibi proprietatem quaerit, retentó tantum patri usufructu. In castrensi vero vel quasi castrensi peculio solidum sibi filiusfam. acquirit, *l. cum oportet C. de bon. quae liber.* In profectitio ergo peculio haec regula tantum locum habet.

AD L. XLIII.

Marcianus, lib. I. Fideicommissorum.

Ratius familiae necque retinere, necque recipere, necque recipere possessionem rei pecunia videtur.

EXPLICATIO.

Ratio legis est, quod quicquid filius acquirit, patri acquirit, in casibus est potestate a quo pendit, ut ne momento in persona filii subsistat acquisitionis, sed in persona patris. Unde etiam quicquid filius pecuniam nomine apprehendit, statim patri eius possidet etiam ignorans. Quia ratioque datur, ut de peculio pater ex contractu filii non autem ipse filius tenetur, sed depositus sibi.

A LA LEY XCIV.

Ulpiano, lib. 2. de los Fideicomisos.

Lo que abunda, no suele viciar las escrituras.

Queda explicada esta Regla en la *l. quae dubitationis, 81. sup. h. t.*

A LA LEY XCV.

Ulpiano, lib. 6. de los Fideicomisos.

Nadie duda que parece que se encuentra en estado de solvencia aquel que es defendido. (1)

ESPLICACION.

Se llama defensor el que careciendo de mandato se presenta á defender en juicio á alguno á quien se ha demandado. *l. minor, 51. D. de procurat. 5.—3.* Y á nadie se admite á esta clase de defensa, aunque sea muy rico, si no cauciona previa-

AD L. XCIV.

Ulpianus, lib. 2. Fideicommissorum.

Non solent, quae abundant, vitiare scripturas.

Haec lex 94. supra in *l. quae dubitationis, 81.* est explicata.

AD L. XCV.

Ulpianus, lib. 6. Fideicommissorum.

Nemo dubitat, solvendo videri eum, qui defenditur.

EXPLICATIO.

Qui reum conventum in iudicio sine mandato defendit, is defensor dicitur, *l. minor 51. ff. de procurat.* Nemo autem ad defensionem admit-