

aquella, se hace por sólo esto propietario y adquiere en consecuencia la accion en vindicacion (1).

Si la donacion es inmediata, pero resoluble en caso de supervivencia, el donatario recibe inmediatamente la cosa y se hace propietario de ella; hay, pues, accion real en vindicacion (2). Pero siendo resoluble la donacion, puede ocurrir:

1.º Que el donante se arrepienta y quiera revocar su liberalidad; en estos casos le dan los textos dos acciones, ya la *condicion*, accion personal contra el donatario para sostener que está obligado á restablecerlo en la propiedad de la cosa; ya la accion real no *directa* ó que proceda directamente del derecho, sino *útil*, concedida únicamente por equidad, por utilidad, porque, segun el derecho estricto, como dejamos explicado, la propiedad, no volviendo á él *ipso jure*, no podria tener accion real (3).

2.º Puede tambien acontecer que la condicion de supervivencia se cumpla y resuelva la donacion. En este caso el donante tiene para hacer que se le restablezca en la propiedad de la cosa (4), ó bien en el caso de que haya sido enajenada para hacerse dar el precio de ella, si lo prefiere (5), la condicion fundada en que el caso previsto para la continuacion de la donacion no tiene lugar (*condictio quasi re non secuta*).

Ademas de esta accion *in personam*, hemos dicho ya que Ulpiano la da tambien, pero como concesion favorable y capaz de ser controvertida, una accion *in rem* para vindicar la cosa, como si la propiedad hubiese recaido en él de derecho por el solo efecto de supervivencia (6). Estas acciones reales que una jurisprudencia favorable le concede contrariando los principios del derecho estricto, le son muy útiles, sobre todo contra los terceros detentadores, en cuyas manos puede tambien perseguir la cosa.

(1) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp.

(2) D. 39. 6. 29. f. Ulp.

(3) Ib. 30. f. Ulp.

(4) Ib. 35. § 3. f. Paul.

(5) Ib. 37. § 1. f. Ulp.; pero si se trataba de un esclavo que despues de la donacion hubiese sido manumitido en beneficio de la libertad, se decide que sólo puede pedir el precio de ella. (Ib. 39. f. Paul.)

(6) Dig. 39. 6. 29. f. Ulp. No pudiendo por su naturaleza y por regla general acumularse la accion real y la condicion, porque las pretensiones del demandante en una y otra de estas acciones son radicalmente contradictorias entre sí, como lo harémos ver más adelante, no puede tratarse aquí sino de la accion real *útil*, ó de una disidencia entre los jurisconsultos, que en estos casos daban los unos la accion real y los otros la accion personal. La accion personal es conforme á los principios estrictos del derecho civil: la accion *in rem* sólo es una concesion posterior más favorable.

En cuanto á las donaciones entre vivos, es claro que si son seguidas de la tradicion hecha por el propietario, la propiedad es transferida y el donatario adquiere la accion real; pero puesto que estas donaciones en la legislacion de Justiniano son perfectas, independientemente de toda tradicion, en el sentido de que obligan al donante á entregar, es preciso examinar cuáles son las acciones por medio de las que puede este último ser obligado á llenar su obligacion. Si la donacion ha sido hecha con la solemnidad de una estipulacion y de una promesa conforme, tienen lugar en este caso las acciones ordinarias que emanan de la estipulacion (*condictio certi* si la estipulacion es determinada, y *ex stipulatu* si es indeterminada). Pero si la donacion ha sido hecha por la sola conviccion, lo que formaba antiguamente un mero pacto no obligatorio, entónces se sigue la ejecucion de ella por medio de una accion personal que se aplica generalmente á los diferentes casos, en los que ha sido introducida una obligacion por medio de una nueva ley y que se llama *condictio ex lege* (1). Pero sea la que quiera la accion por la cual el donante es perseguido, no debe éste ser condenado sino hasta donde le es posible hacer (2). No responde de la eviccion á no ser que especialmente se le obligue á ella ó que haya habido fraude por su parte (3).

TITULUS VIII.

TÍTULO VIII.

QUIBUS ALIENARE LICET VEL NON.

QUIÉN PUEDE ENAJENAR Ó NO.

Despues de haber expuesto cuáles son los *medios de adquirir la propiedad*, es una deduccion natural examinar *por medio de qué personas puede sernos transferida la propiedad, y qué personas pueden adquirirla de nosotros*. Tales son los objetos de este título y del siguiente.

Por regla general, para transferir á otro la propiedad por un medio cualquiera, lo que se llama enajenar (*rem alienam facere*), es forzoso tener esta propiedad; y recíprocamente cuando se la

(1) «*Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege quo genere actionis experiamur ex lege agendum est.*» (Dig. 13. 2. f. Paul.)—Cod. 8. 54. 35. § 5.

(2) Dig. 39. 5. 12. f. Ulp.; 32. pr. y § 3. f. Hermog.

(3) Ib. 18. § 3. f. Ulp.

tiene, cuando uno es propietario, puede enajenar. Sin embargo, ve-
rémolos, según el texto, que estas dos reglas sufren excepciones.

Accidit aliquando ut qui dominus sit, alienare non possit; et contra, qui dominus non sit, alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus, invita muliere, *per legem Juliam* prohibetur alienare, *quamvis ipsius sit*, dotis causa ei datum. Quod nos, *legem Juliam* corrigentes, in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habebat quæ italicæ fuerant, et alienationes inhibebat quæ invita muliere fiebant, *hypotecas autem earum etiam volente*: utriusque remedium imposuimus, ut et in eas res quæ in provinciali solo positæ sunt; interdicta fiat alienatio vel obligatio, et neutrum eorum *neque consentientibus mulieribus* procedat, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum converteretur.

Per legem Juliam: LEGE JULIA de adulteriis, nos dice Paulo en sus Sentencias, «*cavetur ne dotale prædium maritus invita uxore alienet*» (1). Trátase, pues, aquí del plebiscito expedido en tiempo de Augusto, y conocido con el título de LEX JULIA de adulteriis et de fundo dotali.

Quamvis ipsius sit.... El sistema del régimen dotal no se desarrolló en el derecho romano sino con el trascurso del tiempo, como dijimos. Al principio, las cosas llevadas en dote al marido se le entregaban con las formalidades necesarias para transferir la propiedad, y le pertenecían sin ninguna limitación: «*Quamvis ipsi sit*, dice Gayo, *vel mancipatum ei dotis causa, vel in jure cessum, vel usucuptum*» (2); palabras que los redactores de las Institutas han reemplazado con éstas, *dotis causa ei datum*, porque en esta época no existían ni la mancipación ni la cesión *in jure*. Este derecho de propiedad se fué modificando sucesivamente; al principio, por la obligación de devolver en especie, después de la disolución del

(1) Paul. Sent. lib. 2., tit. 21.

(2) Gay. Inst. comm. 2. § 63.

matrimonio, los objetos particulares que no habían sido valuados; y posteriormente, según la ley *Julia*, como sanción de esta restitución, mediante la prohibición de enajenar los inmuebles dotales sin el consentimiento de la mujer. Si estos inmuebles habían sido valuados cuando se llevaron al matrimonio, y se dejó á la elección del marido devolver á la disolución del mismo el precio de tales inmuebles en vez de éstos, es claro que tiene el derecho de enajenarlos (1).

Hypotecas autem etiam volente. Siendo únicamente el objeto de la ley *Julia* asegurar á la mujer la restitución de su inmueble dotal, y no garantizar esta cosa inmueble contra la misma mujer haciéndola inalienable, esta ley permitió las enajenaciones hechas con el *consentimiento de la mujer*; pero era preciso que la mujer diese este consentimiento á sabiendas, conociendo perfectamente que se trataba de enajenación y no de una manera indirecta, cuyas consecuencias no prevenía. Esta es la razón por que el inmueble no podía ser hipotecado, aún con el consentimiento de la mujer, porque esta hipoteca podría conducirla indirectamente á una enajenación no prevista por ella, y por otra parte, no lograba en este caso, como en el de venta, un precio cualquiera equivalente á su inmueble (2).

Neque consentientibus mulieribus. Aquí el sistema dotal cambia y se completa; no se trata ya tan sólo de asegurar contra el marido los derechos de la mujer á la restitución de su inmueble, sino también de asegurar este inmueble contra la debilidad de la misma mujer, en todos los casos en que deba volver á ella ó á sus herederos, después de la disolución del matrimonio. En consecuencia de esto no podrá ser enajenado dicho inmueble ni aún con consentimiento de la mujer. Hé aquí por medio de qué graduación nos vemos conducidos al principio de la inalienabilidad del fundo dotal, principio que por otra parte no se aplica á las cosas muebles.

Si contrariando la prohibición se había enajenado el inmueble dotal, la nulidad existiría respecto de la mujer ó de sus herederos cuando quisieran hacerse restituir la cosa inmueble.

La ley JULIA, prescindiendo de una disposición contraria y formal, debía no tener fuerza sino en el suelo de Italia, pues en la época en que fué expedida, las provincias estaban sujetas todavía

(1) Dig. 23. 5. 11. f. Afric.

(2) Véase más arriba la paráfrasis de Teófilo acerca de este párrafo.

á un régimen especial ; sin embargo, en tiempo de Gayo se disputaba ya sobre si este derecho se aplicaba á las provincias : « *Quod quidem jus utrum ad italica tantum prædia ad etiam ad provincialia pertineat dubitatur* » (1). En la época y bajo el sistema provincial de Justiniano ya no debe haber diferencia entre ellas.

I. Contra autem, creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest, sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impediuntur, neque debitores temere suarum rerum dominium amittere videantur, nostra constitutione consultum est, ac certus modus impositus est per quem pignorum distractio possit procedere ; cujus tenore utriusque parti, creditorum et debitorum, satis abunde provisum est.

Este ejemplo está sacado de Gayo, quien añade á él el del procurador y el del curador, que, segun el sentido de la ley de las Doce Tablas, puede enajenar las cosas del que está furioso (2). Lo mismo puede decirse del tutor respecto de su pupilo, haciendo observar, sin embargo, que para la enajenacion de los inmuebles rurales les era generalmente necesario el permiso del juez.

Acerca de las reglas indicadas por el texto relativamente á la prenda, no es éste lugar oportuno de dilucidarlas, pues que hallarán cabida al tratar de este contrato. Bastará por ahora decir que ya se hubiese convenido, ya no, el acreedor, á falta de pago podia vender la prenda, y ésta era una consecuencia natural del contrato. Y tambien podia haberse convenido lo contrario, y el pacto *ne vendere liceat* no quitaba al acreedor el derecho de vender ; únicamente le imponia la obligacion de anunciar la venta al deudor mediante tres anuncios previos (3).

La constitucion de Justiniano, de que habla aquí el texto, está

(1) Gay. Comm. 2. § 63.

(2) Gay. Comm. 2. § 64.

(3) Dig. 13. 7. f. 4, 5 y 6.

inserta en el Código (lib. 8, tit. 34, cons. 3). Deja á las partes el derecho de arreglar en su contrato el tiempo, el lugar y las demas condiciones de la venta, y sólo á falta de estas convenciones deben ser observadas las formalidades prescritas en dicha constitucion.

II. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideo si *mutuam pecuniam* alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis ; ideoque nummi vindicari possunt, sicubi extant. Sed si nummi quos mutuo minor dederit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, *condici* possunt ; si mala fide *ad exhibendum* de his agi potest. At, ex contrario, res omnes pupillo et pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque, si *debitor pupillo solvat*, necessaria est debitori tutoris auctoritas : alioquin non liberabitur. Sed etiam hoc evidentissima ratione statutum est in constitutione quam ad Cæsarienses advocatos, ex suggestione Triboniani, viri eminentissimi, quæstoris sacri palatii nostri, promulgavimus : qua dispositum est, ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, ut prius sententia judicialis, sine omni damno celebrata, hoc permittat. Quo subsecuto, si et *judex pronuntiaverit*, et *debitor solverit*, sequatur hujusmodi *solutionem plenissimam securitatis*. Sin autem aliter quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, et adhuc eandem summam petat *per exceptionem doli mali* submoveri poterit. Quod si male consumpserit, aut furto amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio ; sed nihilominus damnabitur, quia te-

2. Aquí tiene lugar la regla de que ni el pupilo ni la pupila pueden enajenar cosa alguna sin la autorizacion del tutor. Si uno de ellos *entrega á alguno* sin dicha autorizacion una cantidad de dinero en préstamo, no forma contrato, porque no transfiere la propiedad del dinero al que lo recibe, y por lo tanto, las monedas pueden ser *vindicadas* donde quiera que se encuentren. Pero si estas monedas han sido gastadas por el que ha recibido del pupilo, si esto ha sido de buena fe, se procederá por la *condicion* ; pero si ha sido de mala fe, por la accion *ad exhibendum*. — Por el contrario, el pupilo y la pupila pueden adquirir válidamente todas las cosas sin autorizacion del tutor. De donde se deduce que *si el deudor paga al pupilo*, es necesario á este deudor que intervenga la autorizacion del tutor, pues en otro caso no quedará libre de su obligacion. Este punto ha sido arreglado en virtud de las razones más evidentes por la constitucion que hemos dirigido á los abogados de Cesarea á instancia de Triboniano, varon eminente y cuestor de nuestro palacio imperial ; constitucion en la que se dispone que el deudor de un pupilo pueda pagar al tutor ó al curador, haciendo ántes que para ello se le autorice por sentencia del juez, expedida sin ningun gasto. Observadas estas formas, y verificado el pago conforme á la sentencia del juez, quedará el deudor en plena y entera seguridad. En cuanto al pago que se haya hecho de otra manera distinta de la que hemos ordenado, si el pupilo conserva todavía el dinero en su poder, ó si de él se ha aprovechado, y por segunda vez reclama la misma suma, podrá contestárselo por la excepcion de dolo. Pero si lo ha

mere, sine tutore auctore, et non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso, pupilli vel pupillæ solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.

gastado inútilmente ó se lo han robado, no podrá aprovechar al deudor la excepcion de dolo, y no podrá dejar de ser condenado, porque ha pagado con imprudencia, sin conformarse á nuestras disposiciones.— Por el contrario, los pupilos no pueden pagar sin autorizacion de su tutor, porque no transfieren la propiedad de lo que dan en pago, por lo que sin dicha autorizacion no se les permite la enajenacion de ninguna cosa.

Hemos suficientemente explicado la regla de que los pupilos no pueden sin autorizacion de su tutor hacer peor su condicion, pero sí mejorarla. Hemos demostrado que de esta regla procede, entre otras consecuencias, el principio de que nada pueden enajenar, y que todo lo pueden adquirir. Este es el principio cuyas consecuencias explica aquí el texto en tres casos particulares que vamos á examinar ligeramente.

PRIMER CASO. *Si mutuam pecuniam dederit* (si el pupilo da dinero en *mutuum* sin autorizacion). El *mutuum* es el préstamo que llamamos préstamo de *consumo*. Este acto se hallaba colocado por el derecho civil de los romanos en el número de los *contratos*; sus principales efectos eran: transferir al que recibia á préstamo la propiedad de las cosas que le eran dadas en *mutuum*, y por consiguiente, obligarle á devolver las cosas en el tiempo determinado, no idénticamente, sino transfiriendo á su vez al prestamista la propiedad de cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad. Esta obligacion que contraia el que tomaba á préstamo era la obligacion esencial del *mutuum*; el prestamista reclama su ejecucion por la *condictio certi*, accion personal, que no era especial al *mutuum* solamente, sino que se aplicaba á otros diversos casos, y por lo cual en la especie del *mutuum* sostenia el prestamista que la persona á quien habia prestado se hallaba en la obligacion de darle en propiedad tales cosas, de tal calidad y en tal peso, número ó medida.

Non contrahit obligationem (no forma contrato). No pudiendo enajenar el pupilo los objetos que da, no se hacen propiedad del que los recibe, ni se produce el principal efecto del *mutuum*; por consiguiente, la obligacion esencial, que es su consecuencia (á saber, la de reemplazar en el tiempo convenido las cosas adquiri-

das por efecto de préstamo, transfiriendo en propiedad al prestamista cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad), esta obligacion no puede producirse, ni por consiguiente la *condictio certi*, que tiene por objeto reclamar su ejecucion. Resulta sólo de la entrega hecha por el pupilo que aquel á quien la ha hecho aparece como detentador de cosas correspondientes al pupilo.

Esto supuesto, veamos qué acciones tiene el pupilo para obtener la restitucion de estas cosas. Esta es una materia que en el sistema romano merece la mayor atencion.

1.º Si las cosas no han sido consumidas, y se encuentran todavía idénticamente en manos del que las ha recibido, tendrá el pupilo la *vindicacion* (*rei vindicatio*), accion por la cual sostendrá que las dichas cosas son suyas. Seguramente que no será éste el caso de intentar la *condictio certi*, es decir, de sostener que el detentador está obligado á *transferir* en reemplazo la *propiedad* de cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad;

2.º Si las cosas han sido consumidas de buena fe, entónces el pupilo no puede ya vindicarlas, pues no existen; éste es el caso de intentar la *condictio certi* para que se le *transfieran en propiedad* cosas de la misma naturaleza, calidad y cantidad;

3.º Si las cosas han sido consumidas de mala fe, tendrá el pupilo la accion *ad exhibendum*. Es preciso referirnos á lo que hemos dicho respecto de esta accion. Se verá que tenia por objeto hacer *exhibir*, representar idénticamente por alguno cosas que tuviese ocultas, ó que hubiese hecho desaparecer, ó *áun destruido* de mala fe; que no pudiendo en este último caso, por efecto de su dolo, exhibir idénticamente cosas que ya no existian, era condenado á los daños y perjuicios que resultasen de esta imposibilidad; ésta era la ventaja que ofrecia al pupilo la accion *ad exhibendum*.

SEGUNDO CASO: *Si debitor pupillo solvat* (si un deudor hace un pago á un pupilo). No pudiendo el pupilo hacer peor su condicion, no puede extinguir sus créditos; ésta es una regla bien establecida; sin embargo, como puede adquirirlo todo, se hace propietario de lo que le entrega el deudor, y este último no puede ya vindicar los objetos que ha entregado; véase por qué de la doctrina de que el pupilo pueda adquirirlo todo resulta que es necesario que el deudor nada le entregue en pago sin autorizacion del tutor. Conviene observar que en interes del deudor y no del pupilo habla el texto de la necesidad de la autorizacion (*necessaria est debitori tutoris*

auctoritas). En este sentido el *ideoque* del texto expresa una consecuencia muy lógica, y sólo por no haberla así comprendido han visto en ella los comentadores una inconsecuencia.

No pudiendo el deudor vindicar ya las cosas que ha dado, porque el pupilo las ha adquirido, no queda en su favor más que la consecuencia del principio de que nadie puede enriquecerse con perjuicio de otro, principio que se aplica también á los impúberos, como ya hemos dicho. Por esto queda al deudor la *excepcion de dolo* para hacer que se tenga en cuenta lo que ha entregado hasta alcanzar á todo aquello de que el pupilo se ha aprovechado.

Plenissima securitas. La constitucion que Justiniano indica en este lugar se halla inserta en el Código (lib. 5, tít. 37, constit. 25). No se aplica al pago de los arrendamientos, intereses y otras rentas que se deben al pupilo. Para apreciar los efectos de esta constitucion y el sentido de las palabras *plenissima securitas*, es preciso observar que, segun el derecho, el pago hecho con autorizacion del tutor deja libre al deudor de toda obligacion, y la deuda queda pagada; — pero que si no pudiese el pupilo en adelante recobrar de su tutor este crédito que habia sido pagado, y si por insolvencia del tutor quedase expuesto al peligro de experimentar un perjuicio, podia suceder que el pretor le concediese, segun las circunstancias, una entera restitucion (*in integrum restitutio*), es decir, que lo volviese á colocar en su primitivo estado, que renovase su estado, como ya hemos explicado. El deudor evitaba el peligro de esta *restitutio in integrum*, no pagando al tutor sino en virtud de un permiso del juez, en cuya forma le prestaba este pago plena y entera seguridad.

TERCER CASO. *Si el impúbero paga sin autorizacion*. El pago era en el derecho romano un acto de enajenacion, pues la cosa debida en propiedad no era enajenada por la convencion misma, sino sólo por la tradicion. No podia, pues, el pupilo pagar válidamente, y es preciso aplicar aquí lo que hemos dicho de las cosas que hubiese dado *in mutuum*.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUI-

RITUR.

TÍTULO IX.

POR MEDIO DE QUÉ PERSONAS SE
ADQUIERE.

El rasgo característico del derecho romano en esta materia consiste en los dos principios ya indicados. El primero, que segun el

derecho civil la persona de un ciudadano romano no podia ser representada por nadie; cada cual podia solamente obrar por sí mismo en los actos civiles, contratar y adquirir. El segundo era que todos los que se hallaban sometidos al jefe de familia estaban reputados como si no formasen con él más que una sola y única persona; su individualidad se confundia en la persona de aquél y se identificaba con ella. Como parte subordinada, como dependencia, como instrumento de aquella persona, podian intervenir en diversos casos en lugar de la misma, contratar y adquirir por ella. El texto examina en este lugar, respecto de la adquisicion de la propiedad, primero las consecuencias de este último principio, y despues las del primero.

Acquiritur vobis non solum per vosmetipsos, sed etiam per eos quos in potestate habetis: item per eos servos in quibus usumfructum habetis, item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidetis, de quibus singulis diligentius dispiciamus.

No sólo adquirís por vosotros mismos, sino también por aquellos que teneis bajo vuestra potestad; por los esclavos sobre los cuales teneis un derecho de usufructo, y por los hombres libres y los esclavos de otro, que poseeis de buena fe. Tratemos de cada uno de ellos separadamente.

Adquirir por aquellos que se hallan sometidos á vuestra potestad; es decir, que los hechos de que procede la propiedad, aunque se realicen en un individuo, producen la propiedad, no sólo para él, sino también para vos, porque la individualidad de aquél se confunde en vuestra persona, de la que se reputa ser una dependencia ó un instrumento. Mas como no es completa en todos los casos esta confusion, como varía segun la naturaleza del poder, la adquisicion de la propiedad tampoco se produce en todas las cosas respecto de todos. Se verifica con mayor ó menor extension segun las personas y segun los derechos á que se hallan sometidas.

Adquisicion por los hijos de familia.

I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem, quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis), hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione. Et hoc ita parentum fiebat, ut esset eis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum est, alii vel extraneo donare, vel vendere, vel quo-

1. En otro tiempo, los hijos del uno ó del otro sexo hacian adquirir al jefe de familia, bajo cuya potestad se hallaban, todo lo que ellos adquirian (exceptuándose sin embargo los peculios castrenses): de tal manera, que lo que el jefe de familia habia adquirido de este modo por uno de sus hijos, era dueño de hacer donacion de ello, de venderlo,