

Este derecho no aparecía nunca entre los romanos, sino con la obligación principal impuesta al enfiteuta de pagar al propietario una renta periódica (*pensio, canon*). La convención relativa á su establecimiento forma un contrato particular, obligatorio por el solo consentimiento de las partes.— Pero el derecho real sólo se constituye por la *cuasi-tradición*.

Para la protección de su derecho real tiene el enfiteuta las mismas acciones que un verdadero propietario, pero sólo como acciones útiles.

Superficie (superficies).

El derecho de superficie (*jus superficiarum*) es un derecho real de establecimiento pretoriano.— Es un derecho análogo en sus efectos al de enfiteusis, pero concedido únicamente por el propietario de un terreno sobre toda construcción hecha en dicho terreno.

Esta concesión puede hacerse gratuitamente ó á título oneroso, y con la carga de pagar, ya un precio abonado una sola vez, ya una renta periódica (*solarium pensio*).

La convención sólo puede tener lugar de un modo obligatorio, en la forma y según las reglas de los contratos ordinarios.— Pero el derecho real sólo se constituye por la *cuasi-tradición*.

El superficiario tiene, como el enfiteuta, pero sólo en cuanto á la superficie, y á título de acciones útiles, las mismas acciones que un propietario.

Prenda ó hipoteca (pignus ó hypotheca).

Las palabras de prenda ó hipoteca, en cuanto al derecho real que designan, son enteramente sinónimas, sin que exista bajo este aspecto ninguna diferencia de una á otra.

Este derecho real es un derecho de garantía sobre una cosa afectada al pago de una deuda.— Da al acreedor prestamista ó hipotecario la facultad: 1.º, de hacer vender la cosa para hacerse pago con el precio; 2.º, de ser pagado del precio con preferencia á los demás acreedores; 3.º, de tener un derecho contra los terceros detentadores por garantía y ejercicio de los dos derechos que preceden.

Este derecho real es de invención pretoriana.— Tiene de particular y de excepcional que la sola convención basta para establecerlo.

La acción dada al acreedor para el ejercicio de este derecho es una acción pretoriana particular, llamada generalmente acción *cuasi-serviana*.

Personas capaces ó incapaces de enajenar.

Por regla general, para enajenar es preciso ser propietario, y recíprocamente, cuando uno es propietario puede enajenar.

Estas dos reglas tiene cada una sus excepciones.

El marido, según las disposiciones de la ley JULIA, extendidas por Justiniano, no puede enajenar ni hipotecar el inmueble dotal, ni aun con el consentimiento de la mujer;— pero sólo por la mujer ó por su representante puede alegarse de nulidad.

El acreedor puede vender la prenda, aunque no sea propietario de ella: es verdad que esto sucede por efecto de la convención celebrada con el deudor.

Un impúbero no puede enajenar.— Si da alguna cosa en *mutuum*, el contrato de préstamo no queda formado: por consiguiente, tiene la *vindicación* para vindicar la cosa, si existe aquella todavía; la *conditio certi*, si ha sido consumida de buena fe; y la acción *ad exhibendum*, si lo ha sido de mala fe.— Si el impúbero recibe un pago de su deudor, adquiere la cosa, y sin embargo, el deudor no queda libre; pero tiene contra el pupilo la excepción de dolo hasta lo que éste haya aprovechado. Para que el pago dé al deudor que lo hace *plena seguridad*, se necesita que se haga, no sólo al tutor, sino además con permiso del juez.— En cuanto á la cosa dada en pago por el impúbero sin autorización, es preciso aplicar á esto lo que se ha dicho de la cosa dada en *mutuum*.

Por qué personas se adquiere.

Se adquiere, no sólo por sí mismo, sino también por otras personas.— Es preciso distinguir en este particular la adquisición de la propiedad de la de la posesión.

Se adquiere la propiedad: por los hijos de familia que se tienen bajo su potestad;— por sus esclavos;— por aquellos de los que se tiene el usufructo ó el uso, y por los esclavos de otro, ó las personas libres que se poseen de buena fe.

Sin embargo, respecto de los hijos de familia hay que hacer distinciones relativas á los diversos peculios.— Estos peculios son

cuatro : el *peculio castrense*, el *cuasi-castrense*, y los que los comentadores han llamado *adventicio* y *profecticio*. La situación de los hijos de familia, con respecto á sus derechos sobre estos peculios, fué sucesivamente mejorada por las constituciones imperiales, y mucho por Justiniano.

Respecto de las demas personas por las cuales se adquiere tambien la propiedad, es preciso hacer las distinciones que resultan de la extension de los derechos que corresponden al usufructuario, al que recibe en uso ó al poseedor de buena fe.

En todos estos casos y en sus diversos límites se adquiere la propiedad, aunque sin saberlo y contra su voluntad.

En cuanto á la posesion, se adquiere tambien por estas mismas personas y con los mismos límites. Sin embargo, hay la diferencia de que, como sucede á la propiedad, no se adquiere ignorándolo y contra su voluntad; es preciso que tengamos la intencion, y por consiguiente, conocimiento de la posesion tomada en nuestro nombre. — Si se trata, sin embargo, de cosas que corresponden á un peculio, bastan la intencion general de aprovecharse de cuanto á él corresponde, sin que tengamos un conocimiento particular de cada cosa de las que entran en la posesion.

Respecto de las personas que nos son extrañas, nunca adquirimos por ellas la propiedad; — pero podemos adquirir la posesion, y como consecuencia de ella, la propiedad. — Tambien se necesita en este caso que tengamos conocimiento é intencion de la posesion que ellas toman en nombre nuestro. — Sin embargo, si se trata de un procurador nuestro, basta el primitivo mandato, y adquirimos la posesion aún sin saberlo, y aún ántes de que sepamos que nuestro procurador la ha recibido.

Despues de haber expuesto de este modo los medios de adquirir objetos particulares, pasa el texto á la exposicion de los medios de adquirir por universalidad.

DE LAS SUCESIONES Ó ADQUISICIONES POR UNIVERSALIDAD.

Habia casos en que todo el patrimonio de una persona, la universalidad de sus bienes y de sus derechos, pasaba en su totalidad á otra persona, en cuyo caso se verificaba lo que se llamaba sucesion por universalidad (*per universitatem successio*), adquisicion de una universalidad (*per universitatem acquisitio*).

La universalidad transmitida de esta manera comprendia en su totalidad todos los bienes corpóreos é incorpóreos, todos los derechos activos y pasivos, á excepcion únicamente de algunos cuya naturaleza los hacía extinguirse por el efecto mismo de esta sucesion.

El que así adquiria, se hallaba sustituido al antiguo propietario, se llamaba sucesor suyo (*successor*), entraba en su puesto y lugar, sostenia su persona (*personam ejus sustinebat*), es decir, la tomaba en sí y la continuaba.

Las sucesiones por universalidad se verificaban no sólo por los muertos, sino aún tambien en muchos casos por los vivos, los cuales podian ellos mismos ver pasar su patrimonio y su persona jurídica á un sucesor.

Las Institutas tratan primero de las sucesiones universales de los individuos fallecidos, es decir, de las diferentes herencias y de los diversos géneros de adquisicion que á ellas corresponden.

En cuanto á las sucesiones universales de los vivos, fueron casi todas suprimidas por Justiniano. Sin embargo, las Institutas les dedican algunos títulos, aunque muy cortos.

De las herencias.

Para restituir á esta materia el tipo romano que le corresponde, es preciso considerarla en todo el rigor del derecho primitivo.

Que un hijo de familia, que una persona *alieni juris*, muera, es un individuo, es sólo un cuerpo humano el que perece. Su persona se confundia con la del jefe; las cosas sagradas de la familia (*sacra familiae; sacra gentis*), las cosas profanas, como dominio, obligaciones, acciones, todo residia en la cabeza de aquel jefe; la muerte del hijo no dejaba en esto ningun vacío; la persona no ex-

perimentaba ninguna alteracion, no habia lugar á ningun reemplazo ni sucesion.

Pero que muera un jefe de familia: la persona que representaba, y las cosas sagradas y profanas, dominio, obligaciones, acciones que residian en dicha persona, ¿adónde van á parar? Su muerte ha dejado un puesto vacante, ha causado un vacío en la asociacion; este vacío se llenará; este puesto vacante será ocupado; esta persona se renovará y continuará en otra.

Así es que muere el individuo; pero la persona jurídica es inmortal. Semejante al alma que se desprende del cuerpo para ir, segun expresion de ciertos filósofos, á animar otros seres, así (pero más ciertamente en el orden legislativo romano) la persona jurídica se desprende con el último aliento del moribundo, para pasar á comunicarse á otros individuos. Creacion del derecho civil, no puede perecer por una parte material; sólo causas jurídicas pueden extinguirla y hacerla fenecer.

Pero este reemplazo de un ciudadano fallecido, por otro, la designacion de aquel que debe despues de la muerte de un jefe de familia ocupar su lugar y continuar jurídicamente su persona, lo mismo en las cosas sagradas que en las profanas, no son en la constitucion primitiva de los romanos negocios de derecho privado, sino actos que pertenecen eminentemente al orden religioso y público. La jerarquía de este reemplazo está determinada; la organizacion de esta agregacion política, que se llama familia, no ya natural, sino civil, es su regla y su ley general. Si se quiere destruir esta jerarquía de las agregaciones civiles, ó salir de ella, se necesita una ley particular. El pueblo convocado en el orden primitivo y aristocrático por curias en los comicios curiados (*calata comitia*), tenidos para los actos más importantes del culto religioso, para el colegio de los pontífices, para la inauguracion del rey ó de los flaminos, para la *detestatio sacrorum* (1), es el mismo que decide, que admite á tal ciudadano para que por muerte de tal otro lo reemplace y lo continúe en la asociacion (2). El testamento es una verdadera ley.

Pero trasladémonos á los tiempos primitivos. En éstos el pueblo

(1) Aulo Gelio 15. 27. Véase en adelante, § 1.

(2) Véase de dónde viene la regla de que el testamento debe hacerse *uno contextu*, porque si los comicios eran interrumpidos, todo lo principiado era nulo, y era preciso volverlo á principiar.—Véase de dónde procede la que exige que el heredero designado exista y tenga los derechos de ciu-

no es más que un nombre ilusorio, la asociacion aristocrática y patricia lo era todo; de ella dependian los comicios curiados y las cosas sagradas, y á ella es á quien se trata de mantener y perpetuar intacta en sus diferentes agregaciones por voluntad de toda la corporacion. Los plebeyos no eran nada ó muy poco para que pudiesen aspirar en comunidad á formas religiosas y públicas de tanta elevacion; la ley comun debia bastarles, si no de derecho, al ménos de hecho, pues los testamentos dependian de la decision de las curias.

En este caso se presenta en su auxilio un medio ficticio é ingenioso; no se hará el testamento en las curias, pero se venderá su patrimonio por la mancipacion (*familia pecuniaque*, dice la fórmula) (1); y el comprador de este patrimonio (*familia emptor*), si no es un heredero, al ménos obtendrá su lugar (*heredis locum obtinebat*) (2). Véase el testamento *per mancipationem, per aes et libram*; testamento ficticio hecho para eludir la necesidad de la intervencion de los comicios, y que en su origen debió ser absolutamente plebeyo.

Posteriormente, cuando los plebeyos hubieron obtenido esta transaccion política, reclamada por ellos tan largo tiempo, una ley uniforme, una ley general escrita y conocida de todos, la ley de las Doce Tablas, de la cual la siguiente disposicion fué considerada como una conquista, como un derecho adquirido por todos los ciudadanos: « *Uti legassit super pecunia tutelave sue rei, ita jus esto* »; palabras interpretadas en el sentido más lato: *legare, legem dicere, legem condere*, hacer la ley de su herencia (3). De donde se deduce la consecuencia de que las curias no debian intervenir en los testamentos para estatuir legislativamente, con la facultad de consentir en ellos ó de desecharlos, sino sólo para recibirlos y comprobarlos (*teste populo*, dice el párrafo de Teófilo) (4). El tes-

dad en el momento que se haga el testamento; pues es preciso que exista y tenga los derechos de ciudad para que los comicios le sean favorables; pero cualquiera que sea su edad ó su sexo, poco importa, porque su presencia en los comicios no era necesaria. La primera de estas reglas ha pasado á nuestro derecho; la segunda no ha tenido en él lugar.—Véase, en fin, lo que explica las particularidades más notables del derecho romano sobre las sucesiones.

(1) Véase más arriba y en adelante los términos de la fórmula.

(2) Gay. 2. p. 103.

(3) « *Verbis legis XII Tabularum his: UTI LEGASSIT SUE REI ITA JUS ESTO, latissima potestas tributa videtur, et heredis instituendi, et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi.* » Dig. 50. 16. 120. f. Pomp.—Ulp. Reg. 24. 1. « *Legatum est quod legis modo, id est imperative testamento relinquitur.* »—Esta expresion *condere testamentum*, como se dice *condere legem*.

(4) Teof. § 1. y sig.—Así es que yo creo debe resolver la cuestion tan debatida todavía entre los

tamento indirecto *per aes et libram* continuó siendo por otra parte el más frecuente, porque era el más cómodo; pero admitiendo en su fórmula la expresion de que el ciudadano plebeyo ó patricio ejercia en él un derecho que la ley pública le aseguraba: «*Quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*» (1).

Así el ejercicio de este derecho fué siempre precioso á los romanos, fué la conquista del plebeyo; una manumision de su posicion inferior; una de sus nivelaciones con los patricios; el ciudadano consideró como un honor el usar de este poder público; de ser el legislador de su herencia (*legem testamenti condere, testamentum condere*), y en las costumbres de los romanos se consideró la muerte *abintestato* como una especie de desgracia ó de mancha en la memoria; tanto más, cuanto que nada habia que imponer á los herederos de la ley general, á aquel que no se habia escogido por sí mismo; ninguna obligacion, ninguna disposicion, por mínima que fuese, que poderles afectar.

De esta apreciacion general de la historia podemos ahora pasar á los pormenores del derecho.

En dos sentidos se toma la palabra *herencia*: significa, ó la sucesion, el hecho de suceder á la universalidad de los bienes y de los derechos de un ciudadano difunto (2), ó esta misma universalidad (3). La herencia en este último sentido comprende el patrimonio del difunto, considerado en su conjunto, exceptuando únicamente aquellas cosas que han debido extinguirse por su muerte, cualquiera que sea por lo demas este patrimonio, que consista en objetos corpóreos ó en acciones, solvente ó insolvente, lucrativo ú oneroso.

En el antiguo idioma del derecho, la herencia, el conjunto del patrimonio, se llamaba *familia*; de aquí procedió para el que la re-

que piensan que las curias decidian legislativamente sobre los testamentos, y los que creen que sólo prestaban testimonio. Yo distingo las épocas, y esta distincion me parece admisible, á ménos que no se diga que en la ley de las Doce Tablas *legare* sólo designa la ley impuesta al sucesor: dependiendo siempre la eleccion de este sucesor del que debe continuar la persona, de la decision de los comicios, y haciendo ley la voluntad del testador para todas las demas disposiciones, del mismo modo que en el testamento *per aes et libram* constituye la emancipacion el *familix emptor*; y la *nuncupatio* declara la ley que el testador impone á este comprador. Véase Gayo 2. § 244. —Ulpiano. 24. 1.

(1) Gay. 2. § 104. —Véase la fórmula más adelante.

(2) «*Nihil est aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*» (Dig. 50. 16. 24. f. Gay.)

(3) «*Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quamdam ac jus successionis, et non singulares res demonstrat.*» (D. 50. 16. 208. § 7. f. Afric.)

cogia la palabra *heres*, heredero, derivada de *herus*, jefe de la familia (1); y posteriormente, en fin, el de *hereditas*, que todavía no se habia empleado en la ley de las Doce Tablas.

Miéntas que nadie habia recogido todavía ó adquirido la herencia, ésta sostenia y continuaba por sí misma la persona del difunto (2); formaba una especie de persona legal (3), considerada como propietaria de las cosas hereditarias (4). De este modo llevaban los romanos la laguna entre la muerte del propietario y la adquisicion de su herencia por otro. La persona jurídica, desprendida por la muerte del individuo, se fijaba en el patrimonio, hasta que habia un heredero al cual podia pasar.

La herencia se deferia por testamento ó por la ley.—Antes que todo se colocaba la herencia testamentaria, la disposicion, la declaracion del ciudadano de su herencia; «*Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*», decian las Doce Tablas.—Sólo en segundo lugar y á falta de disposicion testamentaria arreglaba la herencia la misma ley decemviral; *si intestato moritur..... etc.*, y como acabamos de decir, morir intestado era una desgracia y aún una deshonra.

Estas dos especies de herencias de tal modo se excluian recíprocamente, que miéntas que podia haber esperanza de herencia testamentaria no podia diferirse la herencia *abintestato*, que nunca podian hallarse á un tiempo en una misma sucesion, porque dos cosas se consideraban como inconciliables: morir con testamento y sin él (5). En efecto, ó la ley comun ó la ley particular; pero la una destruye la otra, de donde se deducen por consecuencia estos otros dos principios: 1.º, si es la ley comun la herencia *abintestato*, el difunto no tiene nada que dejar á los que no son herederos por ningun acto de su voluntad, ni que encomendarles ninguna disposicion; 2.º, si se trata de la ley particular del testamento, debe abrazar toda la herencia; nada puede quedar fuera de ella; si el

(1) «*Veteres enim heredes pro dominis appellabant.*» (Instituts. 2. 19. § 7.)

(2) «*Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*» (D. 41. 1. 34. pr. f. Ulp.)—Este principio se halla tambien en las Institutas, lib. 3, tit. 17. pr.

(3) «*Hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas.*» (D. 46. 1. 22. Florent.)

(4) «*Creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere.*» (D. 28. 5. 31. § 1. f. Gay.) —«*Domini loco habetur hereditas.*» (D. 11. 1. 15. pr. f. Pomp.)

(5) Cicero, *De inventione*, 11. 21.—«*Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.*» (D. 50. 17. 7. f. Pomp.)

difunto ha testado sólo en parte, las disposiciones testamentarias que sean válidas serán extensivas á toda la sucesion (1).

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDENANDIS.

Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est.

Esta etimología de la palabra *testa-mentum* puede considerarse como cosa fútil y discurrida despues de examinada la palabra. Ha podido parecer indicada por esta definicion de Ulpiano : « *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, in id solemniter facta, ut post mortem nostram valeat* » (2); definicion que concuerda con la dada en el Digesto por Modestino : « *Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri vult* » (3). Verémos, sin embargo, que desde la institucion de los codicilos ha faltado alguna cosa á estas definiciones.

I. Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur, sciendum est olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse : quorum altero in pace et otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur; altero, cum in prælium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. Accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per æs et libram* : scilicet quod per mancipationem, id est, imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripente, civibus romanis, puberibus, præsentibus, et eo qui familiæ emptor dicebatur. Sed illa quidem (priora) duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt. Quod vero per æs et libram fiebat, licet diutius permanisset, attamen partim et hoc in usu esse desinit.

(1) « *Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest.* » (Inst. 2. 14. § 5.)

(2) Ulp. Reg. 20. § 1.

(3) D. 28. 1. 1.

TÍTULO X.

DE LAS FORMALIDADES DE LOS TESTAMENTOS.

La palabra *testamento* toma su origen de *testatio mentis* : testimonio de la voluntad.

1. Para que nada de la antigüedad sea de todo punto ignorado, dirémos que en otro tiempo estuvieron en uso dos especies de testamentos. Los romanos usaban el uno en la paz y el descanso, y se llamaba *calatis comitiis*; el otro en el momento de marchar al combate, y se le llamaba *procinctum*. Posteriormente se añadió una tercera especie, el testamento *per æs et libram*, que se hacía por la mancipation, es decir, por una venta ficticia, con asistencia de cinco testigos y un *libripens* (el que lleva el peso), ciudadanos romanos púberos, con el que se llamaba *familiæ emptor* (comprador del patrimonio). Pero desde los tiempos antiguos cayeron en desuso los dos primeros modos de testar; y el testamento *per æs et libram* dejó tambien de usarse en algunas de sus partes, aunque se practicase por más tiempo.

Así los antiguos romanos tuvieron dos especies de testamentos, que hacian, como dice Gayo, el uno en la paz y tranquilidad, y el otro en el momento de ir al combate, á los que se agregó despues una tercera especie. Los comentarios de Gayo, las reglas de Ulpiano, los escritores romanos y la paráfrasis de Teófilo, nos dan acerca de estos tres testamentos algunos pormenores históricos, que me parece oportuno reproducir.

Calatis comitiis. Esta expresion significa, propiamente hablando, en los comicios convocados (*calare est vocare*, de la voz griega καλεῖν) (1). Los *calata comitia* eran asambleas especiales del pueblo, convocadas en caso necesario, para el despacho de ciertos negocios, y ademas en tiempos determinados para la formacion de los testamentos. Esto es lo que nos explica Aulo Gelio, fundándose en la autoridad de Labeon : « *Calata comitia..... quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa... Iisdem comitiis quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant* » (2). La convocacion de estos comicios para los testamentos se verificaba dos veces al año; particularidad que sólo sabemos por Teófilo, pero que hoy se halla confirmada por Gayo (3). El dia de esta convocacion, los ciudadanos que querian testar lo hacian en aquellos comicios, bajo la autoridad y presencia del pueblo (*teste populo*). Tal era el testamento *calatis comitiis*; su forma primitiva y solemne acredita el carácter legislativo, la potestad de ley que el derecho originario de los romanos habia exigido para sancionar la voluntad del ciudadano sobre su herencia.

Procinctum. Gayo nos da la verdadera significacion de la palabra *procinctus*, que significaba ejército equipado y sobre las armas : « *Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus* » (4). Para el ciudadano llamado á las armas y pronto á entrar en campaña, no podia presentarse la ocasion de los *comitia calata*, y la guerra, sin embargo, iba á poner su vida en peligro á cada momento. Antes de partir (*cum belli causa ad pugnam ibant; in prælium exituri*), en presencia del ejército sobre las armas (*in procinctu*), despues de cuimplidas las ceremonias religiosas de que habla Ciceron (5), cada

(1) Paráfr. de Teóf.; bajo este párrafo pinta detalladamente esta forma de convocacion.

(2) Aul. Gel. 15. 27.

(3) « *Quæ comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant.* » (Gay. 2. § 101.)

(4) G. 2. § 101.

(5) Ciceron. *De natura deor.* 2. 3.