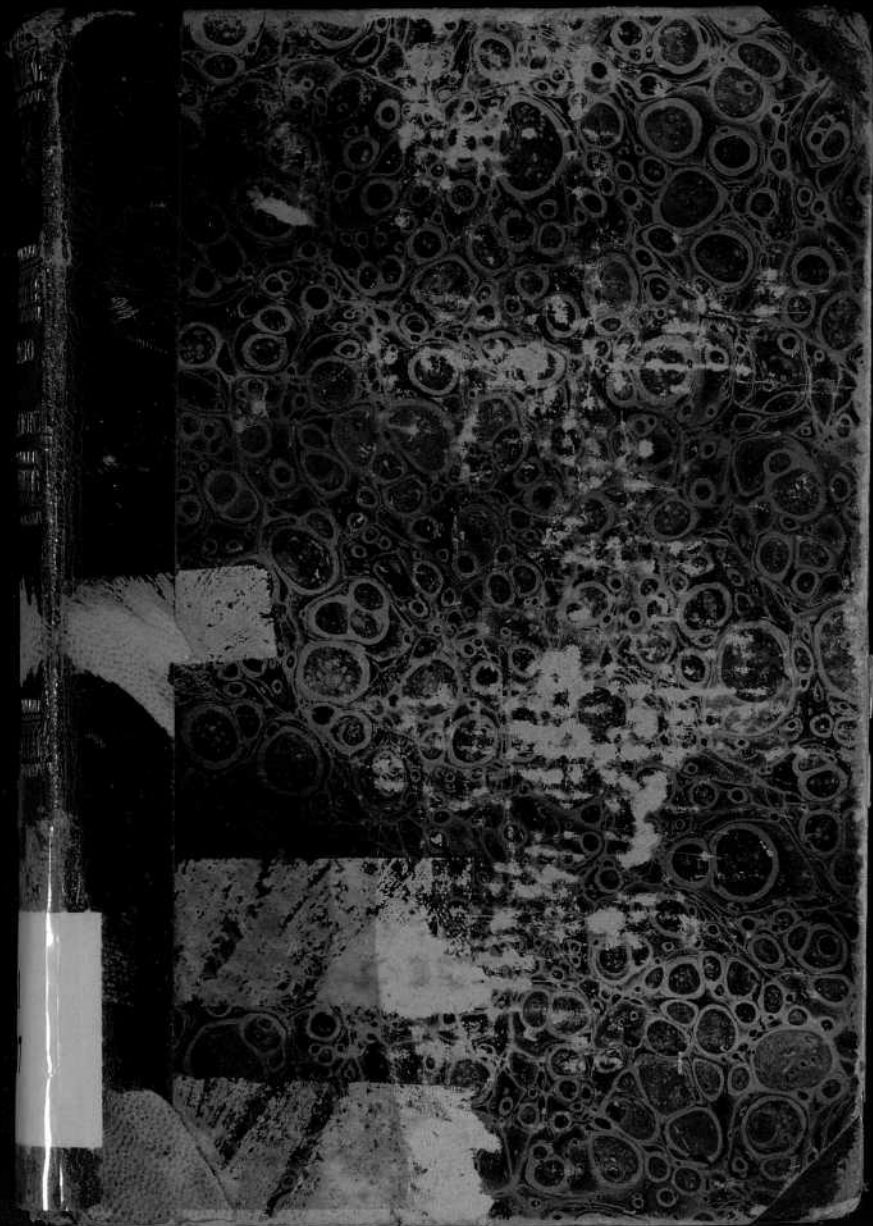




SG-4

8-27

B.P. de Soria



61113923

D-1 1407

D-1
1407

Signl. Top.

62

N. 62



$\frac{4}{90}$

13-1898

RECITACIONES

DEL

DERECHO CIVIL

DE JUAN HEINECIO,

Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente

POR

D. Luis de Collantes y Bustamante.

TERCERA EDICION.



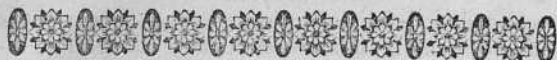
BIBLIOTECA
DEL
INSTITUTO PROVINCIAL

TOMO SEGUNDO.

SORIA VALENCIA:

IMPRENTA DE CABRERIZO.

1841.



CONTINUACION

DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO IV.

Del usufructo.

§. CDXIV. CDXV. CDXVI.

DIJIMOS al §. 392. que en toda servidumbre servian las cosas; que si estas servian á la persona, se llamaban las servidumbres personales, y que tales eran el usufructo, el uso, la habitacion y los trabajos de los siervos; pero que si la cosa servia á otra cosa, la servidumbre se llamaba real ó predial. De estas se ha tratado ya en el título 3.º; luego corresponde ahora hablar de las personales, y en efecto, del usufructo se tratará en el título 4.º, y del uso, la habitacion y trabajos de los siervos en el título 5.º En la L. 1. ff. h. t. se describe el *usufructo*, diciendo que es *el derecho de usar y disfrutar de las cosas ajenas sin destruir su sustancia*. Esta definicion deja mucho que desear á los eruditos, pues dicen que es definir lo mismo por lo mismo, y que tanto sabemos con la palabra usufructo, como oyendo en la definicion, derecho de usar y disfrutar; pero en



realidad la definicion es muy buena , como antes se entiendan bien las voces. Usar y disfrutar se diferencian entre los latinos; y tambien usar y abusar. *Usar* es percibir de una cosa solamente lo necesario; mas *disfrutar* es percibir cuanto proviene de una cosa, ya sea de necesidad, de utilidad ó deleite; como aparece del elegante pasaje de *Séneca de vita beata*, c. 10.: tú disfrutas los placeres, yo uso de ellos. El sentido es, tú buscas todos los placeres, aun aquellos que no son necesarios para reparar las fuerzas; yo solamente los goces honestos en cuanto me son necesarios. *Don. ad Terent. Andr. prol.* manifiesta en qué se diferencian *usar* y *abusar*, á saber: *usar* es percibir las utilidades de una cosa, sin destruir su sustancia; *abusar* es percibirlas de modo que se consuma la cosa. Por ejemplo: si habito una casa ajena, verdaderamente uso de ella, porque se conserva ilesa la sustancia del edificio: si en el sitio de una ciudad ocupan los soldados los edificios, los llenan de tierra, y colocan en ellos máquinas de guerra, esto no es uso, sino abuso. Así tambien el deudor usa del dinero ajeno, y abusa del vino de otro. Con esto fácilmente entenderemos ya por partes la definicion. El usufructo 1) es un *derecho*, y ciertamente *derecho in re*, como servidumbre, §. 392; 2) *derecho de usar y disfrutar*, pues el usufructuario percibe todo lo que produce la cosa, bien sea de necesidad, utilidad ó deleite. 3) Usa y disfruta *las cosas ajenas*, porque es servidumbre, y la cosa no puede servir á su dueño. A la verdad tambien usa y disfruta el señor de sus cosas, cuyo usufructo se llama *causal*; mas este no es servidumbre, ni tratamos aqui de él, sino del *usufructo formal* que se constituye en

las cosas ajenas. De qui es, que constituido este usufructo, siempre concurren dos personas; al uno pertenece el dominio de la cosa, y se llama *propietario*; al otro el usufructo de ella, por lo que se nombra usufructuario. Se añade, 4) que debe usarse y disfrutarse *sin destruir la sustancia de la cosa*; pues de otro modo no seria uso, sino abuso, por lo que se ha dicho poco antes acerca de la diferencia entre estos vocablos. Y aun seria inútil el dominio al propietario si el usufructuario pudiese consumir la misma cosa.

§. CDXVII.

Asi que, fácilmente se manifiesta por esta definición qué frutos percibe el usufructuario. Debe tenerse presente este axioma: *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe, como sean ordinarios*. Siendo los frutos naturales, ó industriales, y proviniendo aquellos absolutamente de la naturaleza, como las crias de los animales, el heno, etc.; y estos mediante el trabajo é industria del padre de familia, como los granos y las frutas, se pregunta: 1) percibe el usufructuario los frutos de ambos jéneros? Todos sin distincion, porque el usufructo es el derecho de usar y disfrutar; y usar y disfrutar abraza uno ú otro jénero. Oponen el §. 35. *Inst. de rer. div.*, donde se dice, que los frutos se perciben por el cultivo y cuidado, colijiendo de aqui, que el usufructuario solo debe hacer suyos los industriales; pero esta duda la deshicimos al §. 377. Ademas, 2) suele preguntarse: hace suyo el usufructuario el tesoro hallado en el fundo que disfruta? Se responde que no por la L. 7. §. 12. *ff. solut. matr.*; pues segun

nuestro axioma el usufructuario solo percibe los frutos ordinarios, entre los que no se cuenta el tesoro; porque no tenemos las tierras y prados para buscar en ellos tesoros, sino para cultivarlos. Se pregunta: 3) puede el usufructuario arrendar el prédio que disfruta? Sí, porque lo que uno tiene puede transmitirlo á otro, y no le importa al propietario que use de él el mismo usufructuario, ú otro á su nombre, con tal que conserven su cosa. Luego tambien puede vender los frutos, pues son suyos; mas no ceder su derecho, porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa que disfruta, la cual pertenece al propietario.

§. CDXVIII.

Tambien entenderemos ya fácilmente si el usufructuario puede disponer libremente de la cosa, y de qué manera. Segun nuestra definicion se ha de usar y disfrutar la cosa *sin destruir su sustancia*; y esta no permanece la misma si se muda su forma. Luego 1) se sigue, que ni en mejor estado la puede poner el usufructuario, L. 13. §. *pen.* L. 44. *ff. h. t.* Asi, por ejemplo, no puede hacer de prados tierras, ni de campos estanques; en los edificios no puede hacer una taberna, una habitacion ó dormitorio, aunque parezca que será útil al propietario. Del mismo principio; de que se debe usar y disfrutar sin destruir la cosa, se sigue, 2) que el usufructuario está obligado á la reparacion de la cosa. Ciertamente, si alguno tuviese el usufructo de algun edificio, si no le compusiese se destruiria; luego está obligado á la reparacion. L. 7. §. 2. 3. *ff. eod.* Pero esto debe en-

tenderse de los pequeños reparos necesarios para que dé frutos la cosa, como se dice en esta misma ley; de aquí es, que si estuviese muy arruinado el edificio, y no pudiese restablecerse sin grandes gastos, debe costearlos el propietario. También 3) colejimos que el usufructuario debe usar y disfrutar la cosa, como buen padre de familia; el cual usando de sus cosas, no las destruye, y si las deteriora algo, al punto las restablece: luego otro tanto debe hacer el usufructuario; y así, si tiene el usufructo de un rebaño, debe cubrir la falta de las cabezas muertas con las crías, y plantar las vides que se pierdan en las viñas, L. 38. *Inst. de rer. divis.* Del modo como acostumbran á usar de los bienes muebles, vestidos, y otras cosas semejantes, los buenos padres de familias, hay ejemplos en la L. 15. §. 1. *ff. h. t.* Ultimamente, del mismo fundamento 4) se deduce que el usufructuario debe prestar caucion al propietario; pues debiéndole conservar á este la sustancia de la cosa, §. 416., no tendrá seguridad de ello, si no se le presta caucion; y ciertamente debe el usufructuario hacerlo dando fiadores, 1) de que usará y disfrutará con el juicio de un buen varon: 2) que concluido el usufructo, restituirá la cosa sin que esté destruida, L. 1. *ff. usufr. quemad. cav.* Esta caucion es tan necesaria y justa, que si bien el propietario puede renunciar á ella, porque está introducida en su favor, L. 7. *fin ff. de L. falcid.*, no sucede lo mismo con el testador que deja á uno un usufructo, L. 1. *C. de usufr.* Y así es, que si el usufructuario no puede encontrar fiadores, tampoco toma la posesion de la cosa dada en usufructo, sino que se entrega la cosa al heredero, ó á otro

tercero que afiance , mas con la condicion de entregar los frutos al usufructuario ; Gall. *Obs.* 11. 47. Sin embargo, cesa esta caucion en el usufructo constituido por la ley , *L. ult. §. 4. C. de bon. quae. lib.* De aqui es, que aunque el padre tiene el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos ó hijas , no obstante, no presta á estos caucion, porque este usufructo le concede la ley, y porque seria inicuo que el hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

§. CDIX.

Ahora se pregunta : en qué cosas puede constituirse el usufructo ? lo cual tambien se manifiesta en la definicion ; pues debiéndose usar y disfrutar de la cosa sin destruir su sustancia, §. 416, es evidente , que solo puede constituirse aquel en las cosas no *fungibles*. Es de saber, que los jurisconsultos dividen las cosas en *fungibles*, que constan de número, peso y medida ; esto es, que se compran , venden, y entran en los contratos por número, peso y medida ; y *no fungibles*, que no se estiman segun su número, peso y medida. Pero siendo estas definiciones un poco obscuras , procuraremos manifestar mas claramente la diferencia de las cosas *fungibles* y *no fungibles*. Asi que , se diferencian : 1) en que las cosas *fungibles* no prestan ningun uso, sino se consumen , por ejemplo, el vino, el pan , el trigo : y de las *no fungibles* podemos usar sin destruirlas, por ejemplo, una tierra, un prado, etc. 2) En las cosas *fungibles*, es lo mismo otro tanto de la misma especie, por ejemplo : si me has dado cien duros , y yo te vuelvo otros tantos , te

he satisfecho, aunque no recibas los mismos; y en las no fungibles no es lo mismo otro tanto. De aquí es, que si te presto un libro y me vuelves otro de igual tamaño y calidad, no me has satisfecho todavía, sino que debes darme el mismo que te entregué. 3) Las cosas fungibles no admiten precio de afección, por ejemplo: un doblon, aunque me le haya dado el rey, no es de mayor precio que otro recibido de un patán; mas las cosas no fungibles admiten un precio de afección. Así, por ejemplo, un libro de veinte florines puede ser para mí de mas estimación que otro de ciento, por haber recibido aquel del rey, ó de mi padre, y ser un monumento de la gracia del rey. Si, pues, preguntamos ya de qué cosas podemos tener usufructo, se responderá, que de las no fungibles; porque son las únicas que no se consumen con el uso, y el usufructo es el derecho de usar y disfrutar, conservando la sustancia de la cosa. Por esto sería absurdo el usufructo de mi vino concedido á Pedro, pues si usaba este del vino, qué utilidad me prestaria la propiedad del mismo vino? Con todo, por un senadoconsulto se inventó el *cuasi usufructo*, el que tiene lugar aun en las cosas fungibles, con tal que preste caución el usufructuario, de que acabado el usufructo restituirá otro tanto en el mismo jénero. Luego si tengo el cuasi usufructo de vino, puedo gastarlo como dé caución de que concluido el usufructo del vino, á saber, despues de mi muerte, he de restituir otro tanto vino y del mismo jénero, §. 2. *Inst. h. t.* Podria creer alguno que este cuasi usufructo no se diferencia en realidad del mútuo; porque, qué mas importa que dé dinero prestado, ó que lo conceda en usufructo? Pero se responde que hay mucha diferencia

entre el mútuo y cuasi usufructo; pues 1) en aquel pueden prometerse usuras, y en este no. 2) En el mútuo no se exige caucion, y sí en el usufructo. 3) Lo prestado puede pedirse en el momento que quiera el acreedor, á no ser que se haya fijado el tiempo en que se ha de pagar; mas el cuasi usufructo dura por los dias de la vida, pues es servidumbre personal que espira con la persona. Suele aqui preguntarse, si el usufructo que se concede de los vestidos, es verdadero ó cuasi usufructo; sobre lo que parece ciertamente que las mismas leyes no están de acuerdo. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice que en los vestidos se constituye cuasi usufructo; al contrario, en la L. 15. §. 4. *ff. usufr. quemad cav.*, se espresa que tambien se constituye verdadero usufructo en los vestidos. De aqui el grande afan de los doctores para conciliar á Justiniano consigo mismo. La mayor parte distinguen, si el vestido se usa todos los dias, ó solamente en los dias solemnes ó de fiesta. En aquellos dicen que hay cuasi usufructo, porque se consumen con el uso; en estos un verdadero usufructo, porque están mas tiempo sin romperse; pero mas bien son sutilezas que verdades: una cosa y otra puede conciliarse. Hay verdadero usufructo en los vestidos cuando de tal modo legó su usufructo el testador, que quiso se restituyeran, como esten, concluido el usufructo. Al contrario, hay cuasi usufructo en los vestidos, si quiere el testador que acabado el usufructo, se restituyan unos vestidos semejantes, ó su estimacion; y en estos términos se presta la caucion. Advirtió esto el señor Pagenstechero, *Aphorim. ad Inst. h. t.*

§. CDXX.

Se pregunta tambien , si tiene algunas cargas el usufructuario. Siempre consideraron los romanos que era justo que el que percibe las comodidades, sufra tambien las cargas. Habiendo pues manifestado poco antes §. 418. que el usufructuario percibe todos los frutos y comodidades de la cosa ajena , nada mas justo que tambien sufra las incomodidades afectas á ella; y siendo tales las cargas y tributos ó impuestos que se pagan por las cosas al fisco ó erario, con razon corresponde al usufructuario sufrirlos , L. 7. §. 2. ff. *de usufruct.* Pero es manifesto que esto debe entenderse de los tributos y cargas impuestas á la cosa que se disfruta; pues si las cargas son personales, como los censos por cabeza, no los tiene que pagar el usufructuario, sino que está obligado el propietario.

§. CDXXI.

Hasta qui hemos visto la naturaleza é índole del usufructo; resta saber cómo se constituye y acaba. Lo primero se dice en este párrafo, y lo último en los siguientes. El usufructo se constituye, ó por la *ley*, ó por el *juez*, ó por el *dueño*. I) Por la *ley*, siempre que las leyes disponen que tengamos usufructo, ó en estas ó en las otras cosas: asi, (1) mandan las leyes que competa al padre el usufructo en los bienes adventicios de los hijos, L. 6. *C. de bon. quae lib.* (2) Las leyes disponen, que si el cónyuge pasa á segundas nupcias, solo tenga en ellas el usu-

fructo , L. 3. L. 5. *de secund. nupt.* En muchas partes está admitido, (3) que el marido durante el matrimonio, perciba el usufructo de los bienes parafernales de la mujer, lo cual prueban con la L. 9. §. 3. *ff. de jure dot. L. 11. const. de pactis convent.*; mas en la primera ley nada se dice de los bienes parafernales; y en la última se concede el usufructo al marido, si espresamente le hubiese constituido la mujer; luego nuestra jurisprudencia desconoce este usufructo, y antes bien se ha introducido por costumbre, como observa B. Stryckio *in Usu Digest. h. t.* II.) Por el juez se constituye á veces el usufructo en los tres juicios divisorios de dividir lo comun, partir la herencia, y fijar los límites de las heredades, si de otro modo no se pueden separar las cosas que están en comunión. Asi, por ejemplo, si se ha legado una biblioteca al viejo Pedro y al jóven Antonio, puede el juez adjudicar el usufructo de la biblioteca á aquel, y la propiedad á este; lo que no obstante debe hacerse rara vez. III) Por el dueño. Este constituye para otro el usufructo, ó por última voluntad, á saber, por legado, ó por pactos ó estipulaciones. Si lo primero, no es necesaria la tradición, sino que el usufructuario consigue el derecho *in re*, por el mismo testamento, al punto que muere el testador; (§. 339.) y en el último caso los pactos ó estipulaciones solo producen el derecho *ad rem*, ó la acción personal contra el que promete, para que preste el usufructo prometido, mas no el derecho *in re*, el cual solamente nace de la subsiguiente cuasi tradición, L. 11. *ff. de serv. praedior.* En fin, la concesion entre vivos se hace, ó con voluntad espresa del señor, á saber, por promesa ó es-

tipulacion, como se ha dicho, ó por voluntad tácita, si alguno estando presente por diez años, ó ausente por veinte, permite que otro use y disfrute de su cosa sin contradecirle; pues entonces adquiere el otro el usufructo, por la prescripcion de largo tiempo, *L. ult. fin C. de long. temp. praescr.*

§. CDXXII. — CDXXIV.

Solo resta saber ya, como se acaba el usufructo una vez constituido. Casi todos los modos con que da fin el usufructo, se derivan de su misma definicion y naturaleza. Cesa, pues, el usufructo 1) con la muerte natural del usufructuario, porque es servidumbre personal, §. 392, y las servidumbres personales se deben á la persona, y por tanto espiran con ella. Y si se ha dejado el usufructo á un pueblo ó comunidad, cuándo espira? Un pueblo es persona moral, y no se entiende que muere mientras existan en él ciudadanos, aunque no sean los mismos que habia cuando se concedió. Pero como en el usufructo se trata de que la propiedad no sea inútil al dueño de ella, pues ciertamente vendria á ser inútil sino volviese nunca al propietario; por esto nuestras leyes quieren que el usufructo concedido á un pueblo ó corporacion, finalice á los cien años, que es el mayor período de la vida humana; *L. 36. ff. de usufr.* Cesa el usufructo 2) con la muerte civil, esto es, la capitis-diminucion, ó degradacion de estado máxima y media; por las que acostumbraban perder todos sus derechos los ciudadanos romanos, §. 3. *Inst. de usufr.* Lo capitis-diminucion mínima no quita

hoy dia el usufructo, reformado el antiguo derecho por Justiniano, *L. pen. C. h. t.* Y á la verdad, por qué habia de destruirse el usufructo con la arrogacion, no habiendo ya en ella necesidad de imaginaria venta? Tambien se pregunta, si un pueblo ó sociedad á quien se ha dejado usufructo, puede sufrir capitis-diminucion. Y respondemos, que análoga á la capitis-diminucion es la introduccion del arado que sufrió la ciudad de Cartago cuando fue tomada por los romanos, segun observa un jurisconsulto, *L. 25. ff. quib. mod. usupr. usufr. amitt.*, si bien otros autores lo ignoran. Solo Zonaras, *Annal. tom. 2*, refiere que se estableció por un senadoconsulto, que *fuese execrable habitar alli en adelante*. Cesa el usufructo 3) por la consolidacion, si el usufructo se incorpora con la propiedad; pues ya hemos manifestado mas de una vez, que á ninguno sirve la cosa propia. Cesa 4) *pereciendo la cosa*; pues se debe usar y disfrutar sin destruirse la sustancia de la cosa. Luego estinguida esta, tambien se acaba el usufructo; lo cual es tan cierto, que si alguno tiene el usufructo de un edificio y se quema, no conserva el usufructo ni aun en la superficie del terreno, *L. 36. pr. ff. de usufr.* No obstante, si se restituye el edificio á su antigua forma, no es dudoso que tambien revive el usufructo. *L. 10. §. 1. seq. L. 23. 26. ff. quib. mod. usufr. amitt.* Tambien concluye el usufructo, 5) por el no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; pues por el no uso de largo tiempo espiran todos los derechos: mas no basta para acabar el usufructo el abuso, esto es, el usar mal el usufructuario de la cosa, *L. 1. §. 5. 6. ff. usufr. quemad. cau.* Oponen algunos

el §. 3. *Inst. h. t.*, donde se dice que espira el usufructo no usándole por tiempo y modo. Mas por modo se entiende aqui la continua posesion, segun se manifiesta en las *Adiciones al Vinio*, d. l. p. 229. Espira 6), concluido el derecho del constituyente; pues el sucesor singular de este no tiene que prestar los hechos á que se obligó su antecesor, bien al contrario de los sucesores universales ó herederos, que suceden en todas las obligaciones del difunto. Asi, por exemplo, si el obispo de Munster constituye un usufructo en algun prédio de su diócesis, el obispo que le suceda á su muerte no está obligado á prestar el usufructo; pues el sucesor en el obispado no es su heredero, sino sucesor singular. De donde nace aquella utilísima regla del derecho: *concluido el derecho del que da, espira tambien el del que recibe*. Se acaba, por último, 7) el usufructo, llegando el tiempo fijado por el pacto. Si alguno, pues, prometiese á otro el usufructo por tres años, y pasados estos quisiese el usufructuario usar y disfrutar la cosa, se le opondria la escepcion del pacto, que es el que da la ley en los contratos, L. 5. *C. de usufr.*

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

§. CDXXV. — CDXXVII.

Hemos dicho quanto conviene que sepa el principiante acerca del usufructo; pero habiendo ademas de él otras servidumbres personales, como el uso, la habitacion, y los trabajos de los sier-

vos, tambien se ha de tratar de ellas. En que se diferencien el *usufructo y el uso*, aparece de las mismas palabras esplicadas arriba. (§. 315.) El usufructuario no solo usa de lo necesario, sino que disfruta lo útil y agradable; mas el usuario usa solamente, y no disfruta. Por lo que es clara la definicion: *uso es el derecho de usar de las cosas ajenas, en quanto son necesarias, sin destruir su sustancia*,, §. 1. *Inst. h. t.* Tambien son claros los axiomas: 1) menos hay en el uso que en el usufructo. Pues en este se percibe quanto proviene ordinariamente de la cosa, ya sea de necesidad, de utililidad, ó recreo, §. 417; mas el usuario solo percibe lo que le es necesario; y por tanto, 2) el uso se acaba en satisfaciendo á la necesidad diaria, *L. 2. pr. ff. h. t.* Ilustraremos el asunto con cuatro ejemplos. (a) El que tiene el uso de un fundo, solamente puede tomar la hortaliza, la fruta, las flores y la yerba que necesite segun su situacion, §. 1. *Inst. h. t.* (b) El que tiene el uso de un edificio, solo puede habitar los aposentos que le hagan falta segun sus circunstancias, y no mas: limitándose tanto á la necesidad este uso del edificio, que no puede alquilarle á otro, ni apenas recibir un huesped; aunque esto bien puede hacerlo, §. 2. *Inst. h. t.* (c) El que tiene el uso de un rebaño, solamente percibe la leche, lana y estiércol que le hace falta, segun la condicion y estado de su familia, §. 37. *Inst. de rei vindic.* Por último, (d) circunscribiéndose el uso á lo necesario, es evidente que el que le tiene no puede ni arrendarle, ni darle á otro gratuitamente, §. 1. *Inst. h. t.*; pues ciertamente, si le concediese á otro, no tenia necesidad de él, y cesando esta, cesa tambien el uso.

§. CDXXVIII. — CDXXXI.

La tercera servidumbre personal es la *habitacion*, la cual es el *derecho de habitar un edificio ajeno sin destruirle*. Los mas ignoran qué servidumbre sea esta, y repiten lo que se dice en nuestras leyes, que el derecho de habitacion es mas pingüe que el uso del edificio, y menos que su usufructo; pero no manifiestan las diferencias jenuinas de estas servidumbres; por lo que, se va á esplicar ahora la palabra *habitar*. Habitar es en este título, usar y disfrutar de aquellas partes de un edificio que están destinadas para habitacion. Por tanto, de esta definicion se deduce, 1) que es mas pingüe este derecho que el uso del edificio; pues el usuario toma los aposentos que le hacen falta, y el habitador usa y disfruta de todos; de modo que puede alquilarlos y darlos gratis, L. 13. *C. de usufr.*: lo que no puede hacer el usuario, como antes advertimos. 2) Por la misma definicion se demuestra que no es tan pingüe este derecho como el usufructo del edificio; pues el usufructuario percibe el fruto de todo el edificio, incluidas las bodegas, panera, huertas, etc.; al contrario, el habitador solo tiene los aposentos destinados para habitacion, no los huertos, paneras, bodegas, etc. Resta otra diferencia. La habitacion no se acaba con la capitiminucion máxima ni media, y da la razon Modestino; porque la habitacion es mas bien de hecho que no de derecho, L. 10. *ff. de cap. dem.* Mas qué quiere espresar con esto? Si no me engaño, que el usufructo y el uso son derechos propios de los ciudadanos romanos, los cuales

se estinguen luego que uno deja de contarse entre ellos: pero la habitacion consiste mas bien en el hecho; porque hasta los extranjeros pueden habitar en Roma, y por consiguiente, no hay motivo para que espire la habitacion por la capitis-diminucion.

§. CDXXXII. — CDXXXIV.

La última servidumbre personal son los *trabajos de los siervos*; los cuales son el *derecho de percibir la utilidad de las obras de un siervo ajeno*. Tambien esta servidumbre es de menos valor que el usufructo, y de mas que el uso del siervo. 1) Es inferior al usufructo, porque el que tiene el usufructo de un siervo, puede no solamente lucrarse con sus trabajos, sino adquirir todas las demas cosas por su medio. Asi, por ejemplo, si un siervo fructuario es instituido heredero, adquiere la herencia el dueño usufructuario del siervo: al contrario, el que tiene los trabajos de un siervo, solo adquiere la utilidad de aquellos, §. 4. *Inst. per quas pers. cuique adq.* No obstante, 2) la misma servidumbre es mas pingüe que el uso del siervo; pues el que tiene el uso de un siervo, no puede aprovecharse de todos los trabajos de él, sino meramente de los necesarios. Y de aqui es que no puede alquilarlos, L. 2. *ff. de usu leg.*; lo que puede hacer el que tiene la servidumbre de los trabajos.

§. CDXXXV.....

TITULO VI.

De la usucapion.

§. CDXXXVI. CDXXXVII.

De la division de las cosas volvemos á los modos de adquirir, los cuales dijimos arriba que eran *de derecho natural y de jentes*, ó *de derecho civil*. Los modos de *derecho natural y de jentes* eran tres, *ocupacion, accesion y tradicion*; de los que se ha tratado en el título I. de este libro. Siguen los *civiles*; que no dimanaban solamente de la razon y derecho natural, sino de las leyes civiles. Estos modos civiles de adquirir se dividen en *universales*, por los cuales adquirimos el derecho universal de alguno, de manera, que semejante sucesor universal se carga con todos los derechos y obligaciones del antecesor; y *singulares*, por los cuales no pasa á nosotros todo el derecho de otro, sino solamente el dominio de una cosa particular. Los universales son seis: 1) la *adquisicion de la herencia*; pues el heredero sucede en todos los derechos y obligaciones del difunto, tanto que tiene que pagar las deudas de este y cumplir sus contratos. 2) La *posesion de bienes*; pues que esta no era otra cosa que la herencia dada por el pretor, imitando en esto de tal modo la adquisicion de la herencia, que el poseedor de bienes está en lugar de heredero, *pr. Inst. de bon posses.*; y así sucede en todo el derecho del difunto. 3) La *adquisicion por arrogacion*. Pues el padre arrogando á un hombre *sui juris*, adquiere todos los bienes y derechos del hijo, esceptuados aquellos que espiran con la *capitis di-*

minucion. 4) *La adicion de bienes por causa de conservar la libertad.* Si el siervo manumitido por testamento recibe la herencia con la condicion de pagar las deudas, se pone en lugar del heredero, y por tanto es sucesor universal. 5) *La seccion de bienes*, cuando alguno compra por la ley en pública subasta toda la herencia para pagar á los acreedores. 6) *La adquisicion en virtud del senadoconsulto Claudiano*, por el cual se estableció, que si una mujer injénua amase á un siervo de otro, y amonestada no dejase tan indecoroso amor, entrase en la servidumbre del señor del siervo, haciéndose este señor sucesor universal de la mujer. Pero estos modos universales de adquirir, escepto la herencia, casi no tienen uso, siendo hoy dia mucho mas conocidos los modos *singulares* de adquirir, á saber: 1) la *usucapion*, de la que tratamos en este título: 2) la *donacion* en el título siguiente: 3) el *legado*, y 4) el *fideicomiso singular*; de los cuales se hablará mas abajo en su lugar.

§. CDXXXVIII.

Inscribiéndose, pues, nuestro título *de la usucapion y prescripciones de largo tiempo*, veremos, 1) qué entendian los antiguos por *usucapion y prescripcion*: 2) y como Justiniano reunió algunas de las prescripciones á la *usucapion*, y la distinguió de otras. En otro tiempo la *usucapion* se diferenciaba mucho de la *prescripcion*, pues (1) aquella producía el dominio, y por tanto era un modo de adquirir; mas de esta solo nacia una escepcion para escluir el derecho de otro. (2) Aquella no tenia lugar mas que en las cosas cor-

porales, en las cuales solamente podemos tener dominio, §. 335.; mas la prescripcion tambien pertenecia á las cosas incorpóreas y derechos. (3) Tenia lugar la usucapion en las cosas del suelo itálico solamente, las cuales eran *mancipi*, §. 330.; y la prescripcion tambien le tenia en las cosas provinciales. (4) Por la usucapion se adquirian las cosas muebles en un año, y las raices en dos; mas la prescripcion de *largo* tiempo, exijia diez años entre presentes y veinte entre ausentes; y la de *muy largo* tiempo unas veces treinta años, otras cuarenta, otras ciento, y otras tiempo inmemorial. Asi que, parece que los emperadores inventaron la prescripcion á fin de suplir la usucapion, y que se prescribiesen las cosas que no podian usucapirse. §. 2. *Inst. h. t.* En este estado se hallaban las cosas antes de Justiniano; pero este emperador fue el primero que reunió la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, formando de ellas una sola especie en la *L. un. C. de usucap. transf.* Y asi es que por derecho nuevo ya no hay mas diferencia entre la usucapion y la prescripcion de largo tiempo, que el que tambien de las cosas incorporales se dice que se usucapen. Por tanto, trataremos 1) de la usucapion y de la prescripcion de *largo* tiempo, que en el día es lo mismo, §. 438. 447.: 2) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de treinta años, §. 448. 450.: 3) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de cuarenta años, §. 451.: 4) de la prescripcion del *muy largo* tiempo de cien años, §. 452.: y 5) de la prescripcion inmemorial, §. 453. En la *L. 2. ff. de usurp. et usucap.* se define la usucapion, diciendo ser *la adquisición del dominio por la continua posesion del tiempo prescrito por la ley.*

Por la usucapion y prescripcion de largo tiempo, el que no es señor adquiere por último el dominio de una cosa, si la posee por largo tiempo, y entretanto no la vindica el verdadero dueño. Por ejemplo: supongamos que compro de Pedro un prado, creyendo que es dueño de él, si resulta que no lo es, no puede transferirme el dominio que él no tiene; con todo, si presente el verdadero dueño poseo tranquilamente por diez años el prado, ó veinte años estando ausente, le prescribo, y por la posesion me hago su dueño.

§. CDXXXIX.

Mas se pregunta: con qué derecho puede hacerse esto? Autores hay que niegan que sea justa y conforme á equidad la usucapion; pues el que una vez es señor, dicen que con razon debe conservar siempre el dominio, §. 333. 1; y que ni está exento del delito de hurto el que se apropia el dominio de una cosa ajena solo por haberla poseído quietamente tanto tiempo. Asi raciocina entre los teólogos Amesio *de consc. l. 5. c. 41.*; el cual frecuentemente suele censurar de injusta la jurisprudencia por entenderla mal; con cuyo libelo, conmovido fuertemente el célebre jurisconsulto Ulrico Hubero, escribió el escelente libro titulado *Eunomia juris*, en que defendió la equidad del derecho ramano contra varios de sus adversarios, aunque esta singular obra, que ha inmortalizado á su apreciable autor, ha quedado incompleta; pero la verdad es que no se falta á la justicia. La equidad de la usucapion se apoya en la

recta razon y en la Sagrada Escritura; pues en esta se ve á Jephtha defender con la prescripcion á los Hebreos contra los Amonitas, *Jud. XI. 26.*, por haber habitado los de Israel doscientos años en Hesbon y sus ciudades. Además, la recta razon enseña que las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa, §. 344. Y no solo se comprenden en ellas las que por naturaleza no están en dominio, sino las que habiéndolo estado, han dejado por cosas perdidas, §. 45. 46. *Inst. de rer. divis.*: quién, pues, parece que ha dejado una cosa por perdida, mas que el que no la busca en tantos años, ni la reclama del poseedor? De aqui es que con razon se le escluye del dominio en pena del descuido; y reputándose la cosa como abandonada y por perdida, es del primero que la ocupa, §. 342. Aun hay otra razon, y es que interesa á la sociedad que los dominios de las cosas no estén inciertos, ni haya pleitos eternos acerca de ellas. A este propósito, Ciceron en la oracion *pro Caecina*, §. 26, llama elegantemente á la usucapion *fin de las molestias y peligros de los pleitos*; pues por ella se aclaran los dominios de las cosas, y nos libramos de litijios eternos.

§. CDXL. CDXLI.

Por lo demas, siendo la usucapion un modo civil de adquirir, es claro que ni tiene lugar en todas las cosas, ni pertenece á todas las personas. 1) No pertenece á todas las cosas, porque no podemos adquirir el dominio de todas ellas; pues no pueden adquirirse (a) las que están fuera del comercio de los hombres, como las sagradas, santas, religiosas, comunes, públicas, de comu-

nidad; luego no pueden usucapirse. *L. 9. ff. h. t.* Asi es que hoy dia vemos que los bienes del fisco y patrimoniales de los príncipes, se vindican aun, cualquiera que sea el tiempo pasado; porque no están en comercio. (b) *Las cosas viciosas*, tales llamaban á las quitadas por hurto ó fuerza; pues pasa con ellas el vicio á todo poseedor, y no se purifican de él hasta que vuelven á su verdadero dueño, §. 2. 5. *Inst. h. t.* Y así es, que por este vicio inherente no pueden usucapirse ni prescribirse por tiempo largo. Mas pueden adquirirse por la prescripcion de tiempo larguísimo, no por el ladrón, sino por un tercero poseedor de buena fe, á cuyo poder llegue la cosa, *L. 8. §. 1. C. de praescript. 30 vel 40 annos.* (c) *Las cosas prohibidas de enajenarse*, como son las eclesiásticas, §. 321., no observándose ciertos requisitos, y lo mismo las de pupilos, menores, y cargadas con fideicomiso; por lo que es claro que no pueden ocuparse. (b) *Las cosas incorporales*; pues propiamente no están en el dominio, sino en los bienes, §. 388. De aquí es, que no se dice que se usucapen, sino que se prescriben por largo tiempo, *L. 14. pr. ff. de servit.*; aunque á decir verdad, hoy dia tambien se usucapen, por lo que hemos manifestado al §. 438. II. No todas las personas podian usucapir; porque la usucapion era un derecho quiritarario, esto es, propio de los ciudadanos romanos. Asi es, que en las leyes de las XII tablas se habia establecido que contra los enemigos (asi llamaban los antiguos á los extranjeros) hubiese eterna autoridad, esto es, que aunque un extranjero poseyese por cualquier tiempo nuestras cosas, pudiésemos vindicarlas, no obstante cualquiera usucapion ó prescripcion de

largo tiempo; cuyo beneficio se habia concedido solamente á los ciudadanos romanos. Empero despues que por la *ley 17. ff. de stat. hom.* se extendió el derecho de ciudadano á todos los injénuos que habitaban el imperio romano, desapareció esta diferencia, y hoy dia cualquiera puede usucapir, ya sea extranjero, ya ciudadano, á no ser que por leyes especiales se impida á los extranjeros poseer bienes raices. Tambien en el dia cesan aquellas diferencias que existian entre las cosas provinciales y del suelo itálico; pues aunque solo estas podian usucapirse, y aquellas prescribirse, segun observamos al §. 437., tambien ha variado esto desde que Justiniano formó de la usucapion y prescripcion una sola especie. *L. un. C. de usucap. transfer.*

§. CDXLII.

Hemos visto qué es usucapion y prescripcion de largo tiempo; ahora vamos á examinar sus requisitos, de los cuales se cuentan cinco. 1) El primero *es buena fe*, por la que aqui entendemos el convencimiento ú opinion que uno tiene de que es verdadero dueño de una cosa. *L. 10. ff. de V. S.* De aqui es, que si uno compra un libro que sabe no es del vendedor, sino de otro, no puede adquirirle por la usucapion, porque se lo impide la mala fe: bien que nuestro derecho civil no requiere la buena fe sino al principio, es decir, que al tiempo del contrato ó de la adquisicion crea uno que es dueño. La mala fe que sobreviene despues no daña. *L. 48. §. 1. ff. de A. R. D.* Asi, por ejemplo, si compré un libro, mas hace de dos años, y en aquel tiempo creia

que el vendedor era su dueño, aunque despues oiga que no era dueño de él, tiene lugar la usucapion. Mas el derecho canónico ha corregido esto, *C. ult. X. de praescript.*, requiriendo que la buena fe sea continua y perpétua desde el principio al fin; sin embargo, no en todas partes está recibiendo este capítulo en el foro.

§. CDXLIII.

Otro requisito es el *justo título*, es decir, una causa hábil para transferir el dominio, cual la hemos descrito en el §. 339. Por tanto, cuando el título es justo, pero no suficiente para transferir el dominio, seria un absurdo que uno creyese poder usucapir una cosa poseida así. Por ejemplo: si tomé en alquiler una casa, y la poseí por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, no por eso me hago dueño de ella; porque la locacion y conduccion no es título hábil para transferir el dominio, aunque en sí sea muy justo. De lo cual se sigue, (a) que no basta el error del justo título; por ejemplo, si creo haber comprado un libro que no compré, no puedo prescribirle. *L. 27. ff. h. t.* (b) Que no es bastante un contrato simulado. Por ejemplo: entre marido y mujer no vale ninguna donacion, *L. 1. ff. de don inter. vir. et uxor.* Finje, pues, el marido, no que da, sino que vende á la mujer y recibe de ella por un prédio diez aureos: puede aquella usucapirle? No, porque aunque la compra y venta es justo título, en este caso no es verdadera, sino supuesta, y celebrada en fraude de la ley, lo cual no basta para la usucapion. *L. 1. C. plus. val. quod agitur.* (c) No basta un

título revocable. Uno me hace donacion *mortis-causa* de un vaso de plata, y me le entrega en el momento: vive todavía el donante cinco años, y al morir lega este mismo vaso á Juan; se pregunta: puede decirse que he poseído el vaso con buena fe y justo título mas de tres años, y por tanto que le he usucapido? Se niega en la L. 13. *pr. ff. de mort. causa. don.* Y con razon, pues la donacion *mortis-causa* puede revocarse siempre, y por tanto de ningun modo se adquiere con la usucapion lo que se ha dado *mortis-causa* mientras vive el donante, L. 30. *ff. eod.*

§. CDXLIV. CDXLV.

Signe el tercer requisito de la usucapion, y es que *la cosa no sea incapaz de prescribirse*, L. 2. *ff. h. t.* Cuales cosas son incapaces de usucapion, ya se ha dicho al §. 440. Desde que Justiniano reunió la usucapion y prescripcion de largo tiempo, hoy dia se prescriben las cosas muebles en tres años, sin diferencia de si el dueño está presente ó ausente: al contrario, los bienes raices se usucapen por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, L. *un. C. de usucap. transf.* De aqui el IV. requisito, que es *el tiempo señalado por la ley*, ó como elegantemente le llama la L. 24. *ff. de donat. inter. vir. et uxor.*, el sufragio del tiempo; en lo cual son benignas las leyes, pues cuentan el último dia comenzado por concluido, L. 6. *ff. h. t.*; al contrario de lo que sucede en la prescripcion de las acciones. L. 6. *ff. de obligat. et action.* Mas qué sucede si el verdadero dueño está parte del tiempo presente, parte ausente? Entonces se duplican los años de la

ausencia. Por ejemplo, yo compré con buena fe un fundo de Pedro, mas no á su dueño; Pedro estuvo presente dos años desde la compra, y lo restante del tiempo ausente; se pregunta, cuántos años necesito para la usucapion? Se responde que dieziocho. Pues los años que estuvo presente, son. 2

los que faltaban para la usucapion de diez años eran. 8

se duplican. 8

 18

Se esplica esto en la *Nov. CXIX. 6. 8*, aunque con alguna diversidad; bien que el resultado es el mismo. En aquella novela se dice, que se han de dividir por dos los años de la ausencia, y el cociente ó número que resulte, se ha de añadir á los años que estuvo presente. Si entonces se completan diez, hay usucapion; si no llegan á diez, tantos como falten se han de añadir duplicados. Compré un fundo de Pedro hace dieziseis años; los dos primeros estuvo presente su dueño, y ausente los catorce restantes; se pregunta: he conseguido la usucapion?

Veremos: los años de presencia son. . . . 2

los 14 de ausencia divididos por 2. . . . 7

 9

No componiendo dos y siete el número de diez se ha de añadir uno duplicado, esto es, dos; de aqui se infiere que aun he de poseer el fundo por dos años antes que logre la usucapion. Por lo demas, quiénes se llamen presentes y quiénes ausentes, se esplica en la *L. ult. C. de præscript. long. temp.* A saber: de los que tienen el domi-

cilio en la misma provincia se dice que están presentes, y los que en diversas, se consideran ausentes. Mas esto debe entenderse de las provincias particulares y pequeñas, segun manifiesta con razon Brunnemann á la *L. ult. C. de praesc. long. temp. et Struv. Exerc. XLIII. §. 17.* Pues si alguno en Austria quisiese decir que estaba presente el que se hallase en el ducado de Holsacia, por estar en Alemania; sin duda seria un absurdo, porque Austria y Holsacia son dos provincias particulares, diversas y muy distantes entre sí.

§. CDXLVI. CDXLVII.

El V. y último requisito es la *posesion continuada*. Mas aqui no se toma la posesion en sentido natural y gramatical por la mera detencion, sino en el sentido civil y jurídico que requiere la detencion corporal y el ánimo de adquirirla, *L. 25. ff. de usucap.* El que de este modo, pues, detiene la cosa por el tiempo justo y señalado por la ley, con continua y no interrumpida posesion, puede usucapiéndola adquirir su dominio. De lo que se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha, cuya interrupcion de la posesion se llama *usurpacion*; por lo que tenemos aqui otro vocablo que se toma en el Derecho de muy distinta manera que en otros autores. Véase la *L. 2. ff. de usurp. et usucap.* Es la usurpacion, ó interrupcion de la posesion, de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. La *natural* se hace por la fuerza, esto es, si el verdadero dueño arroja de la posesion de su prédio al poseedor, *L. 5. ff. eod.* La *civil* se hace judicialmente, si el verdadero dueño entabla su accion contra el

poseedor de su cosa y consigue la citacion. L. *pen. et ult. C. de ann. except.* Desde el momento que se ha hecho cualquiera de las dos cosas, se entiende interrumpida la posesion, y no aprovecha el tiempo que antes ha corrido; de suerte, que si uno ha poseido por nueve años, mas al décimo se interrumpe la posesion, no aprovechan los años corridos, á no ser que en el último caso se siga sentencia absolutoria; pues entonces no daña la usurpacion ó interrupcion de la posesion. L. 1. L. 9. *C. de praesc. long. temp.* La principal cuestion es, si aprovechan al sucesor los años del antecesor; por ejemplo: si mi padre poseyó la cosa seis años y yo cuatro, aprovecha esto? La regla es: *el sucesor continua en la posesion de su causante ó antecesor, ya sea sucesor universal, por ejemplo, un heredero; ya singular, por ejemplo, un comprador.* Mas entre el sucesor universal y singular, hay no obstante esta diferencia. (1) El sucesor universal continúa la prescripcion comenzada por el difunto, con tal que este tuviese buena fe, §. 7. *Inst. h. t.* La mala fe del difunto siempre perjudica al heredero, aunque él mismo esté de buena fe; porque como sucesor universal adquiere todos los derechos del difunto, y por tanto tambien sus vicios, L. *un. ff. de divers. et temp. praes.* Y de aqui es, que ni aun por sí puede empezar la prescripcion, porque se lo impide siempre la mala fe del difunto, L. 11. *C. de adq. possess.* (2) Al contrario, el sucesor singular, como el comprador, legatario, donatario, continúa la usucapion empezada por su autor, si los dos han estado de buena fe, L. 13. §. *ult. ff. de adq. possess.* Asi, por ejemplo, si á Juan, que con buena fe habia

adquirido un prédio ocho años antes, se le compra con mala fe, no me aprovecha la posesion de aquel, porque yo tengo mala fe. Al contrario, si Juan tuviese mala fe y yo buena, puedo prescribir con tal que empiece á contar el tiempo desde mí mismo, *L. 5. ff. de divers. et temp. praescr.* Pues el sucesor singular no hace suyos los vicios del antecesor, y por tanto omitida la posesion de este, puede aspirar por sí solo á la usucapion.

§. CDXLVIII. — CDL.

Concluida la primera parte del título de la usucapion y prescripcion de largo tiempo, pasamos á la segunda, *de la prescripcion de tiempo muy largo*, y en primer lugar hablaremos de la *de treinta años*. Las prescripciones de tiempo muy largo son como el suplemento de las otras, pues las cosas que no pueden usucapirse ó prescribirse por tiempo largo, se prescriben al menos por el tiempo larguísimo de treinta, cuarenta, cien años, ó por tiempo inmemorial. Acerca de la prescripcion de treinta años se ha de tener presente este axioma: *todas aquellas cosas que ó por su vicio, ó por mala fe, ó injusto título, no pudieron usucapirse por el antecesor, las prescribe el sucesor por treinta años*. El axioma es en sí claro y luminoso, por lo que solo hace falta ilustrarle con ejemplos que al mismo tiempo sean conclusiones derivadas de él. 1) Dijimos arriba, que las cosas viciosas, esto es, furtivas y poseidas por fuerza, no podian usucapirse, ni por el ladron, á quien falta justo título, ni por un tercer poseedor; porque el vicio acompaña siempre á la cosa hasta que vuelve á su dueño, §. 444. Mas aunque

en todas estas cosas no tenga lugar la usucapion ó prescripcion de largo tiempo, no obstante, las prescribe el tercer poseedor en treinta años, *L. 8. §. 1. C. de praescr. 30. vel 40. ann.* 2) Ya hemos observado al §. 440. que las cosas de los pupilos y menores no pueden usucapirse; y no obstante, tambien estas se prescriben á los treinta años, *L. 3. C. quib. long. temp. praescr. non obstat.* 3) La misma razon existe en el peculio adventicio de los hijos enajenados por el padre ilegalmente. *Nov. CXXII. c. 24.* Y 4) tambien las cosas enajenadas por el poseedor de mala fe se prescriben á los treinta años, con tal que el poseedor tenga buena fe, *Nov. CXXXI. c. 6.*

§. CDLI.

A veces no bastan treinta años, sino que se requieren cuarenta; y esta es otra especie de prescripcion de *muy largo* tiempo, de la que trata la tercera parte de este título. Son de observar ciertos casos especiales en que precisamente se exige la prescripcion de cuarenta años. Asi sucede 1) en *las cosas fiscales y patrimoniales del príncipe*: pues no perteneciendo aquellas al príncipe, sino á la nacion, concediendo á aquel solamente el usufructo, es consiguiente que aquel no puede enajenarlas, y que son revocables por el sucesor. No obstante, á fin de que no esté siempre incierto el dominio de las cosas, se estableció por la ley, que se adquiriesen las cosas del fisco por prescripcion de cuarenta años, *L. 4. C. de praescr. 30. vel 40. ann.*; lo cual posteriormente se estendió á los bienes patrimoniales del príncipe, *L. fin. C. de fund. patr.* 2) Igual privilegio

obtuvieron las *iglesias y ciudades*, cuyos bienes raíces no pueden prescribirse hasta los cuarenta años, L. 24. *C. de SS. eccles.* Siempre los buenos príncipes favorecieron á los bienes de las iglesias, para que no decayese el culto divino disipándose aquellos; aunque es innegable que los clérigos, abusando muchas veces de aquel privilegio en algunas naciones, han despojado á la misma sociedad de muy pingües bienes; cuya política pintó con vivos colores el P. Ricardo Simon en *la historia de las rentas eclesiásticas*, acultando su nombre bajo el supuesto de Jerónimo de Costa. 3) Y por último, la accion hipotecaria se prescribe á veces por cuarenta años; pues ó posee el mismo deudor la cosa dada en prenda, ó un tercero poseedor de mala fe, ó uno de buena. Si la posee al mismo deudor, no puede libertar su finca de la carga de hipoteca, hasta que pasen cuarenta años. A un tercer poseedor de mala fe, le bastan treinta años, L. 7. §. 1. *pr. ff. de praescr.* 30. *vel 40. ann.* Ultimamente, un tercer poseedor de buena fe prescribe por el tiempo ordinario de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, L. 1. 2. *C. si advers. credit.*

§. CDLII.

La tercera especie de prescripcion de larguísimo tiempo es la de cien años; mas este privilegio solamente se ha concedido á la iglesia romana en la *Auth. acciones, C. de SS. ecclesiis*. Por tanto, si alguno adquiriese por cualquier titulo un prédio perteneciente al patrimonio de San Pedro, ó al señorio del romano pontífice, no se hace dueño de él interin no pasen cien años. Pero entre nosotros no es de ninguna utilidad semejante prescripcion.

§. CDLIII.

Por fin, la última especie de prescripcion de larguísimo tiempo es *la inmemorial*. Esta no está determinada á tiempo señalado, sino que hasta que no exista memoria en contrario, L. 2. §. 1. *ff. de aqua et aquae pluv.* Asi es que suele probarse por testigos ancianos, á quienes se pregunta si han visto así la cosa que se trata de prescribir por treinta ó mas años; si lo mismo oyeron á sus mayores, y si no se acuerdan haber oído nada en contrario, etc. Si pues los testigos responden, que desde que tienen memoria así lo vieron, que lo mismo oyeron á sus mayores, sin que supiesen cosa en contrario, entonces se tiene probada la prescripcion inmemorial. Vulgarmente se dice, que se adquiere por la prescripcion inmemorial: 1) las regalías del soberano, por ejemplo, el derecho de cazar, de acuñar moneda, de jurisdiccion: 2) la exencion de las cargas reales: 3) los bienes del patrimonio del príncipe. Pero respecto de los últimos es manifiestamente falso, y se ve lo contrario en el c. 33. *C. de jure jur.*; sin embargo de que los doctores suelen citar este capítulo en apoyo de su dictámen.

TITULO VII.

De las donaciones.

§. CDLIV.

Entre los modos civiles de adquirir cuenta Justiniano tambien *la donacion*, *pr. Inst. h. t.*;

lo cual no entienden muchos; porque la *donacion* es un pacto, y por este no adquirimos el dominio, sino por la subsiguiente tradicion. Luego la donacion no es modo de adquirir, sino título, por lo que dijimos al §. 339. De aqui es, que la mayor parte no puede excusar de otro modo á Justiniano, que diciendo parece haber entendido la donacion *propter-nupcias*, y por causa de muerte, las cuales verdaderamente son modos de adquirir, aunque no se siga la tradicion. Pero lo que hay en esto es, que Justiniano siguió en las Instituciones el orden de Cayo, §. 6. *proem. Inst.* En tiempo de Cayo la donacion no hay duda que era modo de adquirir, porque no valia si al punto no seguia la tradicion. Por leyes mas recientes, y especialmente por la L. 35. *C. de donat.*, se estableció que valiese la donacion aun sin la tradicion, y que de este pacto, contra los principios de la legislacion romana, naciese la accion correspondiente. Desde este tiempo la donacion ya no fue modo de adquirir, sino meramente título: luego debió Justiniano alterar el orden de Cayo; mas no lo hizo, y por tanto cometió un error, dígase lo que se quiera en su defensa. Ya lo esplicamos todo en las adiciones al Vinio, *pr. Inst. h. t.*

§. CDLV. CDLVI.

De cualquier modo que sea (pues tampoco nos molestaremos mucho en justificar el método de Justiniano), debemos examinar antes de todo, qué es donacion, y de cuántas maneras. *Donacion* es una liberalidad que se hace sin ninguna obligacion. Decimos, 1) que es liberalidad, por-

que no puede existir sin cosa de algun precio. 2) Que es una liberalidad *que se hace á otro*; pues no se concibe que uno pueda darse una cosa á sí mismo. Decimos, 3) que se hace *sin obligacion alguna*; pues si uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga. De lo cual tambien deducimos, que aqui no se habla del derecho imperfecto, sino perfecto, el cual solamente admite coaccion. Y de aqui es, que si uno da á otro lo que le debe por derecho imperfecto, v. gr., por gratitud, hay donacion. Toda donacion se hace *entre vivos*, ó *por causa de muerte*. *Entre vivos* se hace cuando se celebra sin consideracion al caso de la muerte; por *causa de muerte*, la que se hace por temor de esta; de suerte que en cierto modo, mas quiere el mismo donante conservarla para sí, que no concederla á otro, á no sobrevenir la muerte. Hay en las *Inst. de donat.* el elegante ejemplo de Telémaco, que hacia esta clase de donacion, sacado de Homero, *Odyss.* v. 77. Mas conviene tengamos cuidado en no confundir las donaciones entre vivos, y por causa de muerte. Juliano, segun Ulpian. L. 2. *ff. de mort. causs. don.*, dice que hay tres especies de donacion por causa de muerte: *una*, cuando uno dona por solo pensar en la muerte, sin que amenace ningun peligro presente; *otra*, cuando uno amedrentado por un peligro inminente de la muerte, da de manera que al instante se haga del que recibe; *tercera*, si alguno amenazado de peligro de muerte, hace donacion de una cosa, mas no de modo que la reciba al momento el donatario, sino solo en siguiéndose la muerte. Asi se explica Juliano, cuya filosofia tambien conocemos por la L. 13. §. 1. et L. 35. §. 1. *ff. eod.* Mas si lo con-

sideramos bien, la segunda especie no tanto es donacion por causa de muerte, como entre vivos. Es, sí, donacion de un moribundo, mas no por causa de muerte, porque siempre es irrevocable, L. 42. §. 1. ff. eod. Luego ha de distinguirse si se hace donacion transfiriendo al punto el dominio, y reservándose solo el donante la posesion hasta su muerte; ó si el donante solo quiere transferir el dominio siguiéndose la muerte, y por tanto solo concede al donatario la esperanza. En el primer caso la donacion es entre vivos, ya esté el donante sano y bueno, ó moribundo; en el último caso la donacion es por causa de muerte, bien amenace peligro de muerte ó no. Por lo demas, de estas definiciones se infiere que la donacion entre vivos es un *pacto*, al cual asiste la ley, á saber, la L. 35. *C. de donat.*; mas la donacion por causa de muerte es un acto que participa de la naturaleza del *pacto y de la última voluntad*, y por tanto *fluctua entre uno y otro*.

§. CDLVII.

Se pregunta; quién puede hacer donacion? La respuesta es fácil: una y otra donacion es una liberalidad que traslada el dominio al donatario, ó al momento, ó para el porvenir, §. 455; y ninguno puede trasladar á otro entre vivos el dominio de una cosa, sin que sea dueño de ella y tenga la libre administracion de sus cosas, §. 40. *Inst. de rer. div. L. 21. C. mand.* Por la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, §. 456., ninguno transfiere el dominio que no tenga la libre testamentifaccion, L. 15. ff.

de mors. causs. don. De estos dos axiomas, pues, se deduce claramente, 1) que no pueden hacer donacion entre vivos los pupilos: 2) ni el tutor: 3) y mucho menos el procurador, á no tener mandato especial para hacerlo: 4) por causa de muerte no puede donar el impúbero, porque no puede hacer testamento, ni otro alguno á quien se le prohíbe testar, como el siervo, el extranjero, el furioso, el mentecato, el pródigo, sordomudo, §. 514. - 519. Hay una escepcion en el hijo de familia; pues este ciertamente no puede hacer donacion por causa de muerte, porque no puede testar, á no ser en el peculio castrense y cuasi castrense, *L. 19. ff. qui test. fac.*; mas hay la diferencia, que el hijo de familia no puede hacer testamento aunque se lo permita el padre, *L. 6. pr. ff. eod*; pero sí donar por causa de muerte, consintiéndolo aquel, *L. 25. §. ff. de mort. causs. don.*; lo cual sin duda se ha introducido, porque la testamentifaccion es de derecho público, *L. 3. ff. qui test. fac. poss.*, y por tanto no puede el padre mudar nada acerca de ella con su autoridad, al contrario de la donacion entre vivos y por causa de muerte, que son de derecho privado.

§. CDLVIII.

Con igual facilidad se satisface á la otra pregunta: á quién puede hacerse donacion? La donacion entre vivos es un pacto; este no se celebra sin la promesa de uno y la aceptacion de otro; luego tambien la donacion requiere (1) aceptacion, como observa bien el mismo Ciceron *Top. c. 8.* Ni en este punto hay diferencia entre la

donacion entre vivos, y por causa de muerte: una y otra ha de aceptarse. En lo cual se diferencian la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, exigiendo aquella que el donatario esté presente y la acepte, y pudiéndose dejar estos al ausente é ignorante. Ademas requiere 2) que el donante y donatario sean personas diversas; pues hemos visto que debe mediar de una parte la promesa, y de la otra la aceptacion. Y quién seria tan necio que quisiese hacerse donacion á si mismo? He aqui la razon: porque no vale la donacion entre el padre y el hijo, L. 1. §. 1. ff. *pro donat.*; pues jurídicamente no son personas diversas, sino solamente una, §. 139. E igualmente, por qué los cónyuges no pueden hacer donaciones entre sí durante el matrimonio, Tit. ff. *de don. inter vir. et uxor.*, pues antiguamente la mujer se desposaba con el marido por medio de la confarreacion, coención y uso, y por el mismo acto entraba en la potestad de aquel, y ocupaba el lugar de hijo de familia, como difusamente hemos demostrado en nuestras *Ant. Rom.* L. 1. Tit. 10. §. 6. y en los *Comentarios* á la ley Julia y Papia, lib. 2. c. 11. §. 233. Si se hacía hija de familia, ciertamente que constituía una sola persona con el marido, y por tanto no podían hacerse ninguna donacion. Y aunque con el tiempo dejaron de usarse aquellos modos de celebrarse las nupcias, quedó sin embargo el efecto, á saber, prohibida la donacion entre los cónyuges; á que se añaden otras razones de esta prohibicion, por ejemplo, que por su mútuo amor no se despoje el uno al otro, y el que no sean venales los matrimonios, etc., L. 1. L. 2. ff. *de don. inter vir. et uxor.* 3) En la donacion por causa de muerte en

especie, se requiere que el donatario pueda recibir legados. A quién se pueda legar, lo veremos al §. 608.

§. CDLIX.

La tercera pregunta es: qué cosas pueden donarse? La donacion es una liberalidad, §. 455.; y por esta se da á uno alguna cosa que le preste utilidad. Pueden traer utilidad 1) las cosas que están en comercio: de donde se infiere claramente que no puede hacerse donacion de las cosas sagradas, religiosas, santas, comunes, públicas, de comunidad, etc.; porque no las pueden tener los particulares. También traen utilidad 2) las cosas incorpóreas, como derechos, servidumbres y obligaciones: luego es indudable que también de estas puede hacerse donacion, L. 9. *pr.* L. 27. *seq. ff. h. t.* Pueden prestar utilidad 3) todos los bienes presentes y futuros: luego también estos pueden donarse si alguno quiere ser tan liberal, ó por mejor decir tan pródigo, L. 35. §. 4. *C. h. t.* No obstante, para que un tal donante, desprendiéndose inconsideradamente de todos sus bienes, no perezca de hambre, se ha establecido que no pueda ser reconvenido por el todo, sino que se le ha de dejar una parte de sus bienes suficiente para alimentarse y vestirse, L. 19. §. 1. L. 49. L. 50. *ff. de judic.* Cuyo beneficio se llama de *competencia*, del cual hablaremos al §. 1199. y sig. Ultimamente, 4) hasta las cosas ajenas pueden prestar utilidad, luego también puede hacerse donacion de ellas. A alguno podría parecer esto injusto; porque, qué es sino hurto donar las cosas ajenas? Pero debe obser-

varse, que aquí no se pregunta, si semejante donacion de cosa ajena traslada válidamente el dominio, lo cual se niega; porque lo que el donante no tiene, no puede transferirlo á otro. Ni se pregunta si tal donacion de cosa ajena puede perjudicar al verdadero dueño, lo que tambien se niega; porque á ninguno se le puede quitar contra su voluntad el dominio de sus cosas, á no ser en castigo. Asi, esta donacion no obsta al verdadero dueño de la cosa, el que pueda vindicarla del donatario y de cualquier otro poseedor. Lo que únicamente quieren las leyes, es que si alguno hace donacion de cosa ajena, y el donatario la recibe de buena fe, ignorando que es ajena, pueda adquirir el dominio de ella por la usucapion, si el verdadero dueño no la vindica en tiempo legal, esto es, si permite que la posea el donatario por tres años siendo mueble, y si raiz, por diez años entre presentes, ó veinte entre ausentes; porque entonces se juzga que ha dejado su cosa por perdida, §. 439.

§. CDLX. CDLXI.

Cuanto hasta aquí se ha dicho de la persona del donante y donatario, y de las cosas que pueden donarse, es comun igualmente á la donacion entre vivos que á la por causa de muerte. Se sigue manifestar *en qué se diferencian*. Son diversas 1) *en el modo de hacer la donacion*. La donacion entre vivos, siendo solamente un pacto, no requiere sino el consentimiento, y por tanto no necesita de ningunas solemnidades; mas la donacion por causa de muerte, porque participa juntamente de la naturaleza de las últimas volun-

tades, debe hacerse á presencia de cinco testigos. *L. ult. 5. §. ult. de codicill.* 2) Se diferencia por razon de la *libertad de donar.*; pues por evitar el peligro de que se reduzcan á la mendicidad los que hacen donaciones entre vivos sin consideracion ninguna, con gran prudencia se ha establecido, que si alguno quiere hacer donacion de mas de trecientos sueldos, la haga registrar en las actas públicas, y si se omite esta anotacion judicial, que no valga lo que esceda de los quinientos sueldos. *L. 36. §. ult. C. h. t.* Pero la donacion por causa de muerte, teniendo efecto despues de esta, no hace mas pobre al donante, y por tanto, ascienda á lo que quiera, no necesita registrarse. *L. ult. C. de mort. causs. donat.* 3) Se diferencian en el efecto; pues la donacion entre vivos vale al instante, y una vez hecha no puede revocarse contra la voluntad del donatario; porque la obligacion que se contrae por el mútuo consentimiento de dos ó mas que se convienen en una cosa, no se disuelve por voluntad de uno, sino por el mútuo disenso. Mas la donacion por causa de muerte, participando de las últimas voluntades, §. 456., es siempre revocable, porque la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte. §. 1. *Inst. t. L. 16. L. 30. ff. de mort. causs. don.* 4) Se diferencian por razon de la traslacion el dominio. La donacion entre vivos es ciertamente un título hábil para transferir el dominio, §. 339. Pero el título no da sino derecho *ad rem*, pues el derecho *in re* nace de la subsiguiente tradicion, §. 339, y por tanto, no me hago dueño de la cosa que se me ha dado hasta que sigue la tradicion, §. 40. *Inst. de rer. divis.* Al contrario, como la donacion

por causa de muerte, es semejante á la última voluntad, §. 456., y por las últimas voluntades pasa á nosotros el dominio sin la tradicion, desde que se verifica la muerte del testador ó donante, §. 339., las cosas donadas por causa de muerte, se hacen nuestras al punto que muere el donante, con tal que en vida no hubiese revocado la donacion. L. 16. L. 30. ff. de mort. C. don. Se diferencian 5) por razon del pago. El que es demandado por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no es condenado en el todo, sino en lo que puede serlo, como dijimos al §. 459. Al contrario, si al heredero se le manda pagar la donacion por causa de muerte, y no le queda salva la cuarta parte de los bienes, puede sacar la *cuarta falcidia*, de la cual trataremos espresado al §. 645. y sig. Ultimamente, se diferencian 6) en las *acciones*; pues si preguntamos, por qué accion pedimos la donacion entre vivos, ya se ha dicho poco ha que es un pacto; y los pactos por derecho romano no producian accion, á no ser que fuesen legítimos, ó pretorios, ó añadidos á un contrato de buena fe, §. 777. Tal pacto legítimo es la donacion entre vivos; porque le asiste la ley, y manda que la donacion prometida se entregue, §. 35. C. h. t. Naciendo de todos los pactos legítimos la *condicion ex lege*, §. 1157., es consiguiente que tambien la donacion entre vivos se ha de pedir por la *condicion ex lege*, á saber, por la L. 35. §. 4. 5. C. de don.; á no ser que á la donacion accediese estipulacion, pues en este caso puede obrarse por la accion *ex stipulatu*, pr. Inst. de verb. obl. Al contrario, la donacion por causa de muerte es semejante á las últimas voluntades,

§. 456 , y por tanto nacen de ella las mismas acciones que de los legados, á saber, la personal del testamento, la hipotecaria y la vindicacion de la cosa; pues abajo veremos, §. 639, que nacen estas acciones de los legados.

§. CDLXII.

Poco antes advertimos, que la donacion entre vivos no es revocable (460. 3), y esta es la regla. Mas como apenas se halla ninguna sin escepcion, especialmente en jurisprudencia, L. 202. ff. de reg. jur., sucede aqui, que la donacion se revoca, 1) *si es inoficiosa*, L. 3. L. 7. C. de inoff. don. Que sea inoficioso, poco despues lo diremos en el título del testamento inoficioso: pues en el derecho llamamos inoficioso todo aquello en que se perjudica en la legítima á los hijos, padres, hermanos ó hermanas. Asi decimos *testamento inoficioso* aquel en que á estas personas no se les ha dejado la porcion legítima: *dote inoficiosa*, cuando es tanta que á los restantes hijos no les queda íntegra la legítima: *donacion inoficiosa*, por la que se perjudica á los hijos en su legítima; y esta, como dije, puede revocarse. 2) Tambien se revoca la que excediendo de quinientos sueldos no se haga con insinuacion judicial; porque si bien los hombres no son inclinados por naturaleza á donaciones excesivas, no obstante, á veces no miran por sí. Por tanto, interesando á la sociedad que ninguno use mal de sus cosas, §. 2. Inst. de his qui sui vel alien. jur.; y siendo profusion, mas bien que liberalidad, la que se verifica sin consultar á la razon; se ha determinado, que el

que quiera hacer donacion de mas de quinientos sueldos, esté obligado á registrar judicialmente en las actas la donacion. L. 21. ff. L. 34. pr. L. 36. *fin. C. de don.* Y si se omite esta insinuacion ó registro en las actas, vale la donacion hasta los quinientos sueldos, y lo que de aqui pasa puede revocarse. Si se han hecho muchas donaciones en diversos tiempos, por ejemplo, hace tres años una de doscientos sueldos, hace dos años otra de trecientos, y otra de cuatrocientos el año pasado; será nulo lo que escediendo de quinientos sueldos, se ha dado sin insinuacion? No, con tal que no se haya dividido aquella suma en fraude de la ley. L. 34. §. 3. *C. h. t.* Qué sucede si por algunos años se hace donacion de cierta cantidad? Si se ha donado por la vida del donatario, no se necesita de insinuacion, porque es incierto el tiempo que ha de vivir; mas si se hace mencion de los herederos, conviene que intervenga la insinuacion, porque es bien cierto, que aquella suma anual puede entonces esceder la cantidad de quinientos sueldos. L. 34. §. 4. *C. h. t.* Hay tambien ciertas donaciones que manifiestamente no requieren ninguna insinuacion, por grandes que sean; como si se ha donado algo (a) para la redencion de cautivos, L. 36. pr. *C. h. t.*: (b) para reedificar los edificios destruidos por incendio ó ruina, L. 36. §. 2. *C. eod.*: (c) si la donacion se ha hecho á los soldados por el tribunal militar, L. 36. §. 1. *C. eod.*: (d) si la donacion es recíproca ó remuneratoria; pues ciertamente, si doy á mi esposa un anillo de mil sueldos, y ella me regala otro, por ejemplo, de mil ciento, ninguno de los dos queda perjudicado, de manera que haya necesidad de insinuacion.

3) También se revoca por *ingratitude* del donatario. La ingratitude es *simple*, si uno no hace bien á su bienhechor, ó *enorme*, si le hace daño: no basta aquí la primera para revocar la donacion, sino que especialmente se requieren, ó (a) atroces injurias, ó (b) asechanzas puestas á la vida del donante, ó (c) que ponga en él sus impías manos, ó (d) que el donatario cause á gran parte de los bienes del donante daño grave. El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. ult. C. de revoc. don.*, en la que tambien se ha de advertir, que el donante puede revocar la donacion al ingrato, mas no los herederos de aquel; pues si el mismo donante no la revocase, se entiende que perdona la injuria, y es jeneral aquella regla de que *las acciones que meramente se dirijen á la vindicta no pasan á los herederos*. Y ni aun contra los herederos del donatario ingrato compete la accion para revocar la donacion, por ser encaminada á la vindicta, y no tener esta lugar sino contra aquel que nos hizo la injuria, y los herederos del donatario no han hecho ningun daño, *L. 7. C. de rev. don.* (4) Hay lugar á la revocacion de la donacion por la *supervencion* de hijos, lo cual prueban con la *L. 8. C. de rev. don.*; á cuya ley escribió un prolijo comentario el erudito jurisconsulto Andr. Hiraquelo; pero en realidad aquella ley solo habla del caso especial en que el patrono hiciese donacion del todo ó parte de los bienes á sus libertos, y luego le sobreviniesen hijos. Y aunque los derechos de los patronos no se han de estender desde luego á otras personas, los doctores interpretan tan latamente esta ley, que conceden este derecho á todos los donantes sobreviniéndoles hijos. Merilio, *Observ.*

L. 11. C. 34. Y aun quando no aleguen otra razon, que el que no parezca que ninguno antepone las sucesiones ajenas á las propios, L. 30. C. de *fideicomm.*; no obstante, en la práctica triunfa esta errónea sentencia de los intérpretes.

§. CDLXIII.

Falta cierta especie singular de donacion, á saber, la *donacion propter nupcias*. Antiguamente tenia un nombre griego que significaba donacion *ante-nupcias*, porque durante el matrimonio no podian hacerse donacion los cónyuges. Despues que mudó esto Justiniano, y permitió al marido que pudiese constituir á favor de su esposa, ya casada, semejante donacion, ya no cuadraba el vocablo á la idea que representaba; y por tanto Justiniano quiso que en adelante se llamase donacion *propter-nupcias*, §. 3. *Inst. h. t.* Es *donacion propter-nupcias* la que hace el marido á la mujer, ó el esposo á la esposa para seguridad de la dote. Digo para seguridad de la dote; y por tanto si el esposo da á la esposa, por ejemplo, un anillo, sin consideracion á la dote, se llama *liberalidad sponsalicia*, de cuya explicacion trata la L. 16. C. de *don. ant. nupt.* Dándose, pues, para servidumbre de la dote, es consiguiente, 1) que sea semejante á la dote por razon de la cantidad y condiciones; pues así lo determinó espresamente Justiniano; *Nov. XCVII.*; si bien antiguamente era de distinto modo. De aqui es, por ejemplo, que si la mujer lleva de dote al marido diez mil, otro tanto debe donar á ella el marido: 2) que durante el matrimonio no pasa á la mujer el dominio, y sí solo el de-

recho de hipoteca en los bienes del marido, L. 29. *C. de jur. dat. Nov. LXI. c. 2. princ.*: 3) que la mujer no percibe durante el matrimonio ni aun los frutos de la cosa dada de este modo; pues si la mujer percibiese los frutos, entonces seria inútil la dote al marido, L. 29. *C. de jur. dot. L. 20. C. eod.*; y la dote se constituye para sostener las cargas del matrimonio. Supongamos que la mujer me trae en dote diez mil, y que yo la doy *propter-nupcias* otros diez mil; en verdad que si entonces percibiese yo de los frutos de la dote (treientos florines), y la mujer los frutos de la donacion *propter-nupcias* (treientos florines), ciertamente nada recibiria de ella, y aquella dote no me serviria para sostener las cargas matrimoniales.

TITULO VIII.

A quiénes se permite ó no enajenar.

§. CDLXIV.

Sigue el título del derecho de enajenar, en el cual se ha de tener presente una regla y dos escepciones. La *regla* es: *el dueño puede enajenar su cosa*; pues esto se deriva de la naturaleza y definicion del dominio. Y en efecto, arriba dijimos, §. 335., que el dominio es un derecho en la cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella, y vindicarla. Por tanto, si es inherente al dominio la facultad de disponer libremente de su cosa, fácilmente aparece que tambien se le permite enajenarla. Además, tambien se demuestra claramente esta regla con la

definicion de la enajenacion; pues enajenar es abdicar su dominio, y transferirle enteramente á otro. Tal es la regla; pero sufre dos *escepciones*, de las que se trata en este título, y á las cuales Teófilo en su *parafrasis* de las *Inst. h. t.*, no sin elegancia llama *posiciones ó paradojas*, á saber: 1) á veces sucede que uno es dueño, y sin embargo no puede enajenar; lo cual se demuestra en el §. 465. y sig. 2) Otras veces, el que no es dueño tiene derecho de enajenar; de lo que se trata en el §. 467. y sig.

§. CDLXV.

I. A veces el dueño no puede enajenar. Esto lo prueba el emperador: 1) con el ejemplo del marido, que es señor de la dote, y sin embargo, no siempre tiene el derecho de enajenar. Pajenstechero niega animosamente en los *Aforismos*, *Inst. §. 74. p. 142.*, que el marido consiga el dominio de la dote; por lo que se ha de probar esto ante todas cosas, destruyendo al paso los argumentos de aquel docto varon. Probamos, pues, que el marido es dueño de la dote (a) por el *pr. Inst. h. t.*, donde Justiniano le llama terminantemente dueño. (b) En la *L. 7. §. 3. de jur. dot.*, repite Ulpiano mas de una vez, *que la dote está en los bienes del marido, que se hace del marido*, etc. (c) Se prueba por el efecto: el dominio consiste en la facultad de disponer de su cosa, y el marido tiene esta facultad de tal modo, que hasta puede dar libertad á los siervos dotaes por testamento, *L. 3. C. de jur. dot.* El dueño tiene tambien facultad de vindicar, y la mujer no puede vindicar la dote durante el

30 *A quiénes se permite ó no enajenar.*

matrimonio, L. 7. §. 3. ff. h. t. L. 9. C. de rei vind. Al contrario, el marido la vindica por la L. 24. ff. rer. amot. Gozando, pues, solo el dueño del derecho de vindicar, L. 23. y L. 24. C. de rei vind., es manifiesto que el marido es dueño de la dote. Contra esta verdad, defendida por muchos hábiles jurisconsultos, hizo frente con algunos argumentos el ilustre Pajenstechero. (a) En la L. 30. C. de jur. dot., se dice: *que aunque por la sutileza de las leyes parece que pasan las cosas dotalas á poder del marido durante el matrimonio, no por eso se ha de obscurecer y confundir la verdad de la cosa.* De aquí colije Pajenstechero, que aunque parece que el marido es dueño de la dote por la sutileza de las leyes, no es verdaderamente dueño: empero respondemos, que el emperador habla allí del derecho de la mujer en la dote *disuelto el matrimonio*, y por tanto el sentido de estas palabras es, que aunque el marido por la sutileza de las leyes es dueño de la dote durante el matrimonio, no obstante, el dominio de la mujer está en suspenso, y revive al punto que se disuelve el matrimonio. Nadie niega (b) que la dote consiste muchas veces en cosas incorporales, como en un usufructo, derecho de coger cerbeza, y otros semejantes; y los derechos no pueden estar en dominio, §. 335. Pero respondo: (1) si decimos que el marido es dueño de la cosa dotal, se supone que es respecto de una cosa corporal, en la cual sola pueda tener lugar el dominio, por ejemplo, un prado, una tierra, dinero, etc. (2) Aunque los derechos como cosas incorporales no están en dominio, no obstante, entran en los bienes, L. 49. ff. de V. S. Pero estas cosas, aunque distinguidas por

las palabras de la ley, son á la verdad iguales en el efecto: quede, pues, sentado que el marido es dueño de la dote. Mas aun cuando esto es de derecho inconcuso, no obstante, se le ha res-
trinjido en parte la libre facultad de enajenar por la *ley Julia* de adulterios, Paull. *Rec. sent.* 1. 11. tit. 24. Pues siendo frecuentísimos en Roma los divorcios, y pudiendo el marido echar de casa á su mujer casi á su antojo (tanto que decia Séneca elegantemente, *que en su edad las mujeres numeraban los años, no por los cónsules, y sí por los maridos*), acontecia muchas veces que repudiada la mujer, cuya dote habia ya consumido toda el marido, se reducía aquella á la mendicidad. Por esto, compadecido de ellas Augusto, estableció que no se permitiese al marido enajenar el fundo dotal itálico, sin consentimiento de la mujer, ni hipotecarle aun con voluntad de esta. Pero Justiniano enmendó en este asunto dos cosas, *L. un. §. 15. C. de rei ux. act.*; pues (a) quitó la diferencia entre el fundo dotal itálico, y el provincial; (b) entre la hipoteca y la enajenacion; y por tanto prohibió *que el fundo dotal, cualquiera que sea, ya itálico, ó bien provincial, no pueden enajenarse ni hipotecarse por el marido, ya consienta la mujer, ó no*; pues seria muy fácil al marido ablandar con halagos á la mujer para que consintiese en la enajenacion. Por lo cual se ha de observar, (aa) que no está prohibida la enajenacion de toda la dote, sino solamente del fundo dotal; pues si la dote consiste en cosas muebles, no hay duda que el marido puede enajenarla. (bb) Ni ciertamente está prohibida siempre la enajenacion del fundo como cosa raiz, pues se esceptúa el fundo dotal dado con esti-

52 *A quiénes se permite ó no enajenar.*

macion; porque si esta se ha hecho por causa de venta, claramente pasa el dominio al marido, y debe contentarse la mujer con recibir la estimacion disuelto el matrimonio, L. 10. §. 4. ff. L. 5. C. de jure dot. (3) Ni tampoco se prohíbe la enajenacion de la dote no estimada; pues se admite siendo necesaria, cual es la que se hace para pagar las deudas de la mujer, L. 1. ff. de fundo dot., ó en utilidad manifiesta de la misma, L. 16. L. ult. ff. de jure dot.

§. CDLXVI.

Hemos visto el primer ejemplo de un dueño, á quien sin embargo de serlo no se le permite enajenar. Otro 2) nos presenta el *pupilo*, pues este es padre de familia, y dueño de sus cosas, igualmente que el menor, y sin embargo, ni uno ni otro pueden enajenar, porque están bajo tutela y curaduría, y por tanto no tienen la libre facultad de enajenar sus cosas. Mas hay esta diferencia, que la enajenacion hecha por el pupilo es nula *ipso jure*, y la hecha por el menor vale si acompaña juramento, pues este de menor hace mayor por la famosa Auténtica, *Sacram. puberum. C. si adv. vendit.* No permitiéndose, pues, al pupilo enajenar, se sigue: 1) que no puede dar dinero en mútuo. Que el mútuo sea enajenacion, lo demostró con tan poderosos argumentos entre otros jurisconsultos Jo. Wisembachio, contra el parecer del muy docto Claudio Salmasio, que hoy día nadie duda sobre este punto. De lo cual se sigue: (a) que si existen las monedas que prestó el pupilo, hay lugar á la vindicacion de la cosa; porque no haciendo na-

da el pupilo cuando enajena, no transfiere ciertamente el dominio; si no transfiere el dominio, permanece señor; si permanece señor, puede vindicar su cosa donde quiera que la encuentre, §. 335. Tambien es consiguiente, (b) que si se han gastado de buena fe las monedas por aquel que las recibió, no hay lugar á la vindicacion de la cosa; porque, cómo se ha de vindicar lo que no existe? No obstante, entonces tiene el pupilo la accion personal, á saber, la condicion *certi*, para que se le restituya otro tanto en el mismo jénero. (c) De aquí inferimos, que si el que recibió el dinero del pupilo lo gastó de mala fe, hay contra él la accion *ad exhibendum*; pues aunque esta accion solo se dé contra el poseedor, L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. pr. §. ult. L. 7. §. 34. ff. *ad exhib.*, y el que gastó el dinero de mala fe nada posea, no obstante, se ha recibido entre los jurisconsultos la regla de que *el que deja de poseer de mala fe, se tiene por poseedor*, L. 5. §. 2. L. 12. §. 3. L. 14. ff. L. 5. C. h. t. L. 131. ff. *de R. J.* 2) Lo mismo sucede si el pupilo paga sin autoridad del tutor; pues como en este caso hay enajenacion, la paga es nula en sí, y por tanto, lo que se ha pagado, igualmente que si se quedase á deber, puede repetirse por las mismas acciones. Ultimamente, 3) es digno de notarse que aunque el pupilo es dueño, no se le puede pagar sin autoridad del tutor y decreto del majistrado, esceptuando las usuras que se deban de dos años, y que no escedan del valor de cien sueldos ó aureos, los cuales pueden pagarse al tutor, no al pupilo, sin decreto del majistrado, L. 25. L. 27. *de admin. tut.* Por tanto, si uno paga al pupilo ó tutor sin interponer

54 *A quiénes se permite ó no enajenar.*

aquel decreto, y se malgasta el dinero por el pupilo ó tutor, ó se pierde casualmente, no queda libre el deudor, sino que tiene que pagar segunda vez. Podria alguno creer que se hace mejor la condicion del pupilo, recibiendo el pago, y por tanto, que bien puede desempeñar este negocio, §. 251.; pero se niega esto: porque, cómo haria mejor la condicion del pupilo el que solo le paga el dinero para tener caballos, perros, casas de campo y de recreo, sin atender á lo útil en medio de su prodigalidad, como elegantemente dice Horacio? *A. P. v. 162. y sig.* No seria esto como dar una espada á un furioso?

§. CDLXVII.

Hemos dado fin á la primera paradoja; que hay dueño que no puede enajenar sus cosas. Sigue II) la otra; que hay alguno á quien se permite enajenar cosas de que no es dueño; de lo que tambien nos ofrece dos ejemplos Justiniano; pues 1) el acreedor á quien el deudor ha dado prenda, no se hace dueño de ella, sino que tiene otro derecho *in re* diverso del dominio, §. 333.; y sin embargo, no pagando el deudor, puede venderla para cobrarse de su precio, L. 8. L. 11. L. ult. ff. de *diser. pign.*; sin que el deudor pueda impedir esta venta, á no ser que pague todo el capital de la deuda y sus réditos, L. 2. C. *debit. vend. pign. imp. non posse*: por que seria inútil la prenda al acreedor, y no le prestaria ninguna seguridad, si nunca se le permitiese venderla. Mas aunque aquella regla es verdadera en sí, no obstante, en el modo de hacer la venta se ha de distinguir, si se agrega á la prenda pacto de

venderla, ó el de no venderla; ó si no pactan nada acerca de esto el acreedor y el deudor. (a) *Pacto de vender la prenda*, es cuando el deudor concede al acreedor, que si no le paga dentro de cierto tiempo pueda vender la prenda, y este pacto es lícito. Al contrario, si pactan que de no pagar en el tiempo determinado adquiriera la prenda el acreedor, y se haga este dueño de ella, esto se llama *ley comisoría*, ó *pacto comisorio*; y es ilícito y prohibido por la *L. ult. C. de pact. ping.* La razon está á la vista; pues viéndose la prenda no se perjudica al deudor, porque el acreedor le restituye lo que sobra despues de cobrarse: al contrario, si tardando el deudor en pagar, al punto adquiriese la prenda el acreedor *ipso jure*, en gran manera se perjudicaria á aquel, porque las mas de las veces vale doble la prenda que la deuda. Volvemos ya á nuestra distincion. Si, pues, se añade el pacto de vender la prenda, puede venderla el acreedor sin avisar desde el momento que el deudor tarda en pagar, *L. 4. ff. de pign. act. L. ult. §. 1. C. de jur. dom. impetr.* (b) Si han pactado *que no se venda*, deben preceder tres requerimientos, y concluidos se permite la venta, *L. 4. ff. de ping. act.* (c) Si nada han pactado acerca de este punto, basta un requerimiento, y hecho, aun se ha de esperar por dos años, *L. 4. C. de dist. ping.* En todos estos casos la venta se hace solemnemente en almoneda privada ó pública por pregones, al mayor precio que se pueda, *L. 4. L. 7. L. 10. C. eod. L. 14. L. 22. §. ult. ff. de pign. act.* Si la cosa halla comprador, al punto se traslada á él el dominio, y no puede el deudor repetirlo aun ofreciendo el precio, *L. 26. ff. de A. R. D. L. 18. C. de distr.*

56 *A quiénes se permite ó no enajenar.*

pign: si nadie quiere comprarla, es necesario nuevo requerimiento, y hecho, señala el juez día para el pago. Pasado aquel, se adjudica la prenda al acreedor por cierto precio, pero de manera que dentro de dos años todavía pueda el deudor ofrecer la deuda principal y réditos, y rescatar la prenda, *L. ult. §. 2. 3. C. de jur. dom. impetr.*

§. CDLXVIII.

La misma paradoja demuestra nuestro Justiano 2) con el ejemplo *del tutor*, el cual no es dueño de las cosas del pupilo, y no obstante, á veces bien puede enajenarlas. Decimos que á veces bien puede enajenarlas, pues se ha de distinguir entre los bienes raíces y muebles. Las cosas muebles puede enajenarlas, con tal que no sean muy preciosas, y que guardándolas no puedan conservarse, *L. 22. C. de adm. tut. L. ult. C. cuando decr. non opus*. Al contrario, si son raíces ó muebles de mucho precio, no es lícita la enajenacion sin que intervenga decreto del magistrado, *L. 22. C. de adm. tut.* Se han de tener presentes sin embargo estas escepciones: (a) si el padre permitiese la enajenacion en el testamento, *L. 1. §. 2. L. ult. ff. de rebus eorum qui sub tut.* (b) Si la enajenacion se hace por necesidad, por ejemplo: si urje pagar las deudas porque un socio inste por la division, ó si otro goza del derecho de retracto, *L. 1. §. 2. ff. eod.* En todos estos casos puede el tutor enajenar legalmente aun sin interponer decreto del magistrado.

TITULO IX.

Por qué personas podemos adquirir.

§. CDLXIX.

En la materia de los modos de adquirir mezcla Justiniano la cuestion de las personas por cuyo medio podemos adquirir, que verdaderamente es agradable, y de mucho uso en la práctica. Para que lo entendamos mas claramente, segun nuestra costumbre, adelantaremos un axioma, del cual se derivan naturalmente las conclusiones de toda esta doctrina. Tal será: *se adquiere para nosotros, no solo por nosotros mismos, sino por medio de nuestras cosas*. Por ejemplo: nadie duda que sea mio el dinero que adquieren mis caballos con su trabajo; que sea mia el ave que caza mialcon, etc. La demostracion de este axioma debe buscarse en el §. 334, donde dijimos que es nuestro cuanto se agrega á cosa nuestra por beneficio de la naturaleza, ó por el arte ó industria.

§. CDLXX. CDLXXI.

De este axioma, pues, claramente se deduce: 1) cuanto adquiere nuestro siervo, es para nosotros. Nuestro siervo es cosa, §. 77.; por nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469; luego por nuestros siervos adquirimos para nosotros, que es lo dicho. Podrá objetarse que los siervos tenian su peculio, á veces considerable; que tambien tenian sus siervos que llamaban *vicarios*, y quanto estos adquirian era adquiriendo por aquellos. Mas respondemos, que el pe-

58 *Por qué personas podemos adquirir.*

culio del siervo inmediatamente era profecticio; el dominio de este peculio, su propiedad y usufructo eran del señor: de manera, que al siervo solo se le permitia la administracion, la cual vindicaba el señor siempre que gustaba, L. 7. §. 1. ff. de pecul. Manifiesto ejemplo tenemos en Terencio, *Phorm. A. 1. Sc. 1. v. 5. y sig.*, donde se queja un siervo, de que lo que su compañero con dificultad y poco á poco habia reunido de sus gajes ó mesada, todo se lo habia quitado su señor y la mujer de este, sin considerar cuanto trabajo le habia costado el juntarlo. Es, pues, cierto y constante, que cuanto adquirian los siervos, aun lo que ahorraban á costa de privaciones, todo era adquirido para el señor. De lo que se sigue, 2) que si el siervo tuviese muchos dueños, adquiriria para todos á prorata, esto es, segun la parte de dominio que cada uno tuviese, á no ser que adquiriese especialmente por mandado de uno, ó estipulando solamente para uno, §. 3. *Inst. h. t.* De aqui es, que si suponemos, por ejemplo, que un primero, un segundo, y un tercero poseen un siervo comun; y que aquel siervo es por mitad del primero, por la cuarta parte del segundo, y por otra cuarta parte del tercero; ciertamente, si este siervo comun adquiere con su trabajo ó de otro modo legitimo mil doscientos florines, al primer dueño se le deben seiscientos, y al segundo y tercero trecientos á cada uno. Empero aun cuando esta regla es verdadera, á veces no les tenia cuenta á los dueños adquirir por medio de los siervos, por ejemplo: si mi siervo adquiria cien perros ó gatos de ningun precio, no podia congratularme mucho con tal ganancia. Por esto distinguian

con prudencia los romanos, entre el dominio, la posesion y la herencia. El *dominio* le adquiria el siervo para su señor, aun ignorándolo este, y sin su voluntad, porque carecia de peligro; la *posesion* no, sino sabiéndolo y queriendo el señor, porque á veces es peligrosa; la *herencia* solo mandándolo, por ser la adquisicion mas peligrosa por las deudas que están encubiertas. L. 44. §. 1. ff. de A. R. D. §. Inst. h. t. Por lo demas lo dicho hasta aqui es aplicable á los verdaderos siervos, sobre los que tenemos dominio como en las demas cosas. Mas á veces no tenemos al siervo como dueños, sino como usufructuarios, es decir, no nos pertenece la propiedad del siervo, sino el usufructo, §. 433. Otras veces tambien sirve á otro de buena fe un hombre libre é injénuo, aunque esté reducido injustamente á servidumbre, como sabemos sirvió Josef á Putifar. A la verdad, un hombre semejante no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino injénuo, §. 41. 4. Asi que, se pregunta de aquellos siervos que se tienen en usufructo y se poseen con buena fe, si adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe? Se ha de distinguir, (1) *si adquieren algo con su trabajo*, (2) *ó con cosa nuestra*, ó (3) *si les llega á ellos de otro modo*. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe: en el tercer caso el siervo fructuario que se posee de buena fe, adquieren para el propietario. Por ejemplo: á mi hermano se ha legado la propiedad de Pedro, siervo, y á mí el usufructo: si adquiere, pues, Pedro cien florines en un arte fabril, son para mí, porque los adquirió con su trabajo; si halla un tesoro en mi fundo,

60 *Por qué personas podemos adquirir.*

es para mí, porque le adquirió por medio de cosa mia; si instituido heredero recibiese mil duros, no los adquiere para mí, sino para mi hermano, porque llegaron al siervo por otro medio. De este modo, todo cuanto Josef, sirviendo á Putifar, adquiriese con su trabajo y con las cosas de su señor, segun nuestro derecho, seria para el último: al contrario, si fuese instituido heredero, podria retener para sí la herencia si entonces se observasen nuestras leyes, ó hubiesen sido recibidas en Egipto. §. 3. *Inst. h. t.*

§. CDLXXII. CDLXXIII.

Del mismo axioma inferimos ademas, 2) que tambien lo que adquiere el *hijo de familia*, segun nuestras leyes, debia adquirirse todo para su padre, en cuya potestad estaba, ya por nupcias, ya por legitimacion, ó ya por adopcion; pues la patria potestad consistia en el dominio del derecho quiritarario, §. 136.; los hijos de familia respecto de su padre no eran personas, sino cosas, §. 135.; por medio de nuestras cosas adquirimos para nosotros, §. 469.; luego tambien adquirimos por medio de nuestros hijos de familia, que es lo dicho. Lo cual es tanta verdad, que Dionisio Halicarnaso escribe, *lib. VIII*, que *los hijos de familia romanos no tienen nada propio viviendo los padres; antes la ley de Rómulo puso al arbitrio de los padres los bienes y las personas de sus hijos*. Lo mismo se halla en Suetonio, *Tib. c. 15*. Tiberio adoptado por Augusto, en nada obraba como padre de familia, y ni hacia donaciones, ni manumitia, ni admitia mas herencias ni legados que los que recibia como

peculio: y por qué? porque se habia hecho hijo de familias por arrogacion. Mas pareciendo un poco dura esta leislacion, y ablandando poco á poco la rijidez de las antiguas costumbres la humanidad de los tiempos posteriores, se añadió á aquella regla una escepcion, á saber, el *peculio*; y por tanto hoy debe decirse, que cuanto adquiere el hijo de familia es para el padre, exceptuando el *peculio*; por lo cual es ya preciso que tratemos del *peculio*. *Peculio* viene de *pecude*, esto es, rebaño, porque antiguamente consistia en ellos la mayor parte de las riquezas. El que tenia muchos rebaños se juzgaba rico: solo los pobres los tenian contados. Con el tiempo fue inventada la moneda, á la que en memoria del antiguo jénero de vida se dió el nombre de *pecunia*, de *pecude*; razon por qué en las antiquísimas monedas de los romanos se halla las mas veces la figura de un buey, cerdo, ú de otro animal; y porque lo que dejaban los padres á sus hijos en los primeros tiempos, consistia tambien las mas veces en ganados, por esto se le llamó *peculio*. En nuestras leyes se define el *peculio* diciendo ser el pequeño patrimonio que el hijo de familias ó el siervo tiene separado de los bienes paternos ó de su señor, L. 3. §. 3. *seq. ff. de pecul.* Y así, un hombre *sui juris* no puede tener nada en *peculio*, sino en dominio; mas los que están sujetos á potestad ajena, pueden poseer *peculio* como los hijos ó hijas de familia, los siervos y esclavas, y antiguamente aun las mujeres que se casaban, pues por las nupcias entraban en la potestad del marido, §. 146. De este *peculio* de la mujer hace mencion Plauto, *Casin. A. II. Sc. 2. v. 26.* Mas hoy no están las mujeres en

62 *Por qué personas podemos adquirir.*

poder del marido, y por tanto no tienen peculio. Ya hemos advertido antes que el peculio de los siervos es meramente *profecticio*; resta, pues, que hablemos del peculio de los hijos é hijas de familia. En nuestras leyes se divide este en *militar y pagano*; pues todos los que no militan, se llaman *paganos* en las leyes romanas. El *militar* es, ó *castrense* ó *cuasi castrense*: el *pagano* se divide en *profecticio y adventicio*; de cada uno de los cuales vamos á tratar.

§. CDLXXIV. CDLXXV.

Peculio militar se llama el que se adquiere con ocasion de la milicia; mas habiendo en nuestra jurisprudencia dos clases de milicia, una *armada*, cuando uno milita con las armas y en el ejército, y otra *togada*, cuando uno sirve en los consejos y tribunales, véase la L. 14. *C. D. adv. div. jud.*: de aqui es que un peculio es *castrense*, y otro *cuasi castrense*: aquel es el que se adquiere con ocasion de la milicia armada; este es el que se adquiere con ocasion de la milicia togada, á la cual pertenecen hoy dia todas las artes liberales; y por tanto, no solo se cuentan en ella la jurisprudencia, sino tambien la teología, medicina, matemáticas, filosofía, etc. Mas deben mirarse atentamente las palabras de la definicion; pues no decimos que el peculio *castrense* y *cuasi castrense* es el que adquirimos por medio de aquellas dos milicias, sino *con ocasion de ellas*. Luego 1) no solo pertenece al peculio *castrense* la paga mensual y las presas cojidas al enemigo, sino tambien lo que el padre empleó en el equipaje del hijo al tiempo de ir á servir, asi como

la herencia ó legado que el hijo recibe de su camarada, ó lo que compra con el dinero castrense; pues todo esto se ha adquirido con ocasion de la milicia armada, L. 11. ff. de castr. pecul. L. 4. pr. ff. L. 4. C. eod. Igualmente, 2) al peculio cuasi castrense no solo pertenece cuanto adquiere el hijo por las artes liberales, por ejemplo, los salarios y honorarios que recibe como abogado, médico, profesor, sino tambien los gastos de los estudios suplidos por el padre, con tal que este los haya dado con ánimo de hacer donacion de ellos, asi como los donativos que hace el príncipe ó emperatriz, porque se entienden hechos por la escelencia del ingenio y un elevado mérito. Todas estas cosas pertenecen al peculio cuasi castrense, porque son adquiridas con ocasion de la milicia togada, L. ult. C. de inoff. testam. L. 7. C. de bon. quae lib.

§. CDLXXVI. CDLXXVII.

Tal es el peculio militar: cuanto adquiere el hijo fuera de la milicia pertenece al peculio pagano. Y ciertamente, si llega algo al hijo por medio de las cosas del padre, ó por consideracion de este, se llama peculio profecticio; y si llega al hijo de otra parte que del padre, por ejemplo, de la madre ó de un extraño, se llama adventicio; al cual se refiere tambien cuanto adquiere el hijo por su propio trabajo, como por las artes mecánicas, por ejemplo, por la zapatería, carpintería ú otro oficio ó manufactura; y tambien lo que adquiere por beneficio de la fortuna, por ejemplo, hallando un tesoro en lugar ajeno, etc. §. 1. Inst. h. t. Todo esto es cla-

64 *Por qué personas podemos adquirir.*

ro, escepto el que refiramos al peculio profecticio lo que vino al hijo por contemplacion de su padre. Mas esto debe entenderse de suerte que si un extraño da ó lega algo á un hijo, pero por los méritos de su padre, todo esto pertenece al peculio profecticio, igualmente que si proviniese del padre. Por ejemplo: si defendiese yo en el foro á un amigo, este me ofreciese honorario, yo le rehusase, y aquel diese á mi hijo lo que me tenia destinado, pertenecería esto al peculio profecticio de mi hijo, del mismo modo que si yo se lo hubiese dado, porque le llegó á él por mi consideracion.

§. CDLXXVIII.

Hasta aqui solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, cuasi castrense, profecticio y adventicio: llegamos ya á los derechos de cada uno, y por tanto se ha de examinar qué derecho tiene el hijo en cada uno de ellos, y cuál compete al padre; lo que se explicará en algunas reglas. *El peculio castrense y cuasi castrense es en pleno derecho del hijo, pr. Inst. quibus non est perm. fac. test.* Esta regla no se observaba todavía en tiempo de la república libre, porque entonces todo ciudadano estaba obligado á servir en la milicia cierto número de años, y por tanto no era necesario estimular á la juventud con grandes privilegios para alistarse en ella. Empero Augusto, conociendo bien que la milicia escogida convenia, sí, á la república libre, mas no á la monarquía, fue el primero que estableció la milicia mercenaria, y condujo á los soldados por un estipendio á todas partes. Mas para que los hombres se alistasen con mas gusto en las ban-

deras, se fueron concediendo desde aquel tiempo varios privilegios á los soldados, y entre ellos el de adquirir para sí en pleno derecho el peculio castrense, aunque fuesen hijos de familia. Este privilegio de los militares estaba ya vijente bajo Vespasiano, sobre lo que habla Juvenal, *sat. XVI. v. 52. Además de esto, solo los militares tienen el derecho de testar viviendo su padre; pues lo que se adquiere en la milicia, no se empadrona en el cuerpo del censo, donde solamente se inscriben los bienes que maneja por entero el padre.* Poco despues, en los tiempos de Adriano y Antonino Pio, se estendió tambien este derecho al peculio cuasi castrense, como demostramos en las *Ant. Rom. h. t. §. 2. p. 334.* De esta regla, pues, se deduce claramente, 1) que el padre no tiene en estos peculios, ni la administracion, ni el usufructo, ni el dominio, sino que el hijo reúne todos estos derechos. 2) Que el hijo respecto á uno y otro peculio se tiene por padre de familias, *L. 2. ff. de Scto. Maced.*; y por tanto, 3) acerca de él puede hacer testamento, y disponer entre vivos; y por consiguiente donar, vender y enajenar por cualquier otro título, no pudiendo en los demas casos el hijo de familia testar viviendo el padre, aunque este espresamente se lo permita, *L. 6. pr. ff. qui test. fac. poss.: pr. Inst. quibus non est. perm. test. fac.*

§. CDLXXIX.

Acerca del peculio profecticio sigue ya la regla II. *Es en pleno derecho del padre, y por tanto el hijo no tiene en él sino la administracion*, para que ejercite su industria, *§. 1. Inst. h. t.* La ra-

66 *Por qué personas podemos adquirir.*

zon es clara: el hijo respecto del padre no es persona, §. 135., por lo cual el padre y el hijo en los negocios privados se consideran como una persona, §. 139. 6.: no pudiendo, pues, una persona pactar consigo misma, §. 139. 7., es consiguiente que el padre no pueda hacer donacion al hijo, §. 458. 2. Si el padre no puede hacer donacion al hijo, tampoco puede transferirle el dominio de la cosa que le da: luego queda dueño el padre de las cosas que entrega al hijo; que *e. l. d.* Teniendo, pues, el padre en este peculio el dominio y el usufructo, podria alguno creer que aquel era manifiestamente inútil al hijo; empero le tenia no obstante alguna utilidad, pues 1) si el padre cometiese delito tan enorme que se confiscasen sus bienes, como suele hacerse si uno es condenado por el crimen de estado ó lesa majestad, *L. 5. C. ad leg. Jul. maj.*, entonces no se quita al hijo este peculio, aunque tambien pertenecá á los bienes de los padres, *L. 3. §. 4. ff. de minor.* 2) Si el padre emancipa al hijo, y no le quita espresamente aquel peculio, lo que en verdad puede, si quieré, entonces le adquiere el hijo en pleno derecho. *L. 31. §. 2. ff. de donat.*

§. CDLXXX. CDLXXXI.

Mucho mas útil es al hijo el peculio adventicio, acerca del cual se ha de notar esta regla. III. *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administracion del padre, §. 1. Inst. h. t.* Luego en este tiene algo ordinariamente el padre, á saber: el usufructo y la administracion; y algo tambien el hijo, á saber; la propiedad. Asi, por ejem-

plo, si el hijo tiene veinte mil duros de bienes maternos, y de réditos se perciben mil en cada año, estos son del padre, y el capital del hijo. Dijimos que *ordinariamente* se observaba esto, porque á veces no sucede así; y de aqui es que este peculio adventicio se divide en *ordinario ó regular* cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo, y *extraordinario ó irregular* cuando el hijo lo tiene todo y nada el padre. Esto se verifica en cuatro casos: 1) si desechando el padre la herencia, la admite el hijo: 2) si se dona ó lega alguna cosa al hijo con condicion que no perciba nada el padre: 3) si el padre y el hijo son coherederos, lo que acontece cuando muriendo uno sin hijos deja hermano y padre. Por ejemplo (*Fig. 30. Lám. II.*), muriendo el segundo, le heredan el primero, que es el padre, y el tercero, que es el hermano; y si dejase veinte mil duros, el padre recibirá diez mil, y el hermano otros diez mil; pero en estos no tendrá el padre el usufructo. 4) Si el padre maneja los bienes del hijo dolosamente; pues entonces pierde el usufructo. Esto pudiera hacer á alguno pensar que no hay ninguna diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular: no obstante, se diferencian mucho, pues en el castrense y cuasi castrense el hijo está en el lugar de padre de familia, y por esto dijimos que puede hacer testamento; lo cual no puede hacer en el peculio adventicio extraordinario, aunque tenga el dominio.

§. CDLXXXII.

Resta preguntar, si podemos adquirir por otro mas que por el hijo y siervo; lo cual se nie-

68 *Por qué personas podemos adquirir.*

ga segun nuestro mismo axioma, §. 469. Antes debe observarse la regla de que *ninguno puede adquirir por medio de otro*. De aqui es, por ejemplo, que si yo estipulare: *das cien reales á mi hermano?* y otro respondiese que *los daria*: por esta promesa, ni yo ni mi hermano tendríamos ninguna accion. No la tendria yo, porque nada se me prometió á mí; no mi hermano, porque con él no se contrajo. Véase el §. 4. *Inst. de inut. Stipul.* No obstante, pudiendo uno mandar á otro que haga esto ó aquello, con razon se ha establecido la regla de *que por medio de nuestro procurador y por nuestro mandato, podemos adquirir el dominio y la posesion*, §. 5. *Inst. h. t.* Pues el mandato es causa de que se entienda que hacemos nosotros mismos lo que hacemos por medio de otro. De aqui es, por ejemplo, que si mandé á mi hermano que comprase para mí un edificio, el dominio y posesion de este, con tal que mi hermano le ocupe, serán para mí igualmente que si yo mismo le hubiese comprado y tomado posesion.

TITULO X.

Del modo de hacer testamento.

§. CDLXXXIII. — CDLXXXV.

Sigue ya la hermosísima materia de testamentos, cuyo enlace con los superiores capítulos se examinará con algun cuidado. Comenzamos á tratar arriba de los *modos de adquirir el dominio*, dividiéndolos en *naturales y civiles*, §. 340. Aquellos eran tres: la *ocupacion*, la *accession*, y la *tradicion*, de los cuales se ha tratado en el tit. 1.º de

este lib. 2.º §. 342 y siguientes. Los civiles los dividimos arriba en *singulares*, cuando solamente adquirimos una cosa singular, mas no sucedemos en todo el derecho del antecesor; y *universales*, por los que adquirimos, de modo que pasamos á tener todos los derechos de otro. Así, por ejemplo, el comprador, porque no pasa á las obligaciones y derechos del vendedor, se llama *sucesor singular*: al contrario, el heredero es *sucesor universal*, porque se reúnen en él las obligaciones y derechos del difunto. Los modos de adquirir singulares eran cuatro, §. 437.: la *usucapion*, de la que se trató en el título 6.º; la *donacion*, de la que se habló en el título 7.º; y el *legado y el fideicomiso*, de los cuales ya se tratará. Pero quiso Justiniano hablar de los legados y fideicomisos despues de la materia de testamentos; y por esto pasa á los modos de adquirir universales, de los cuales el primero y principal es la herencia, §. 336. Por *herencia* entendemos aqui la sucesion en todo el derecho que tenia el difunto. L. 24. ff. de v. sig. L. 62. ff. de R. J. Es de dos maneras: ó por *testamento*, cuando uno es llamado por el mismo difunto á la sucesion; ó *abintestato*, cuando la misma ley llama á uno á ella. La tercera especie no tiene lugar en nuestra jurisprudencia romana, §. 6. *Inst. per quas pers. cuique adqu.* Por ejemplo, muerto Cárlos II., Rey de España, dos eran los que se consideraban herederos. Felipe, duque de Anjou, á quien Cárlos al morir llamó en su testamento á la herencia, y Cárlos, emperador de Austria, á quien llamaba la ley como mas próximo agnado, considerándose nulo aquel testamento. Felipe, pues, queria ser heredero por

testamento, y Carlos abintestato. Aquí se pregunta, si no se da tambien un tercer modo de suceder *por pacto*? En verdad, las muy poderosas familias de Sajonia, Brandeburgo y Hesse, celebraron entre sí un pacto llamado de *confraternidad*; por el cual se determinó, que si se estingue primero la casa de Sajonia, le sucedan la de Hesse y Brandeburgo, tomando la primera el Electorado y la Misnia, y la última la Turingia: si se acaba la familia brandebúrgica, toma la casa de Hesse el Electorado y el Marquesado electoral, y lo restante la casa de Sajonia: últimamente, concluida la familia de Hesse, dividen entre sí el territorio por iguales partes la familia de Sajonia y la de Brandeburgo. Aquí tenemos el ejemplo de sucesion por pacto, semejante al cual le hubo en otro tiempo entre los duques brandebúrgicos y los de Pomerania, habiendo sucedido los primeros en el muy pingüe ducado de los segundos, muerto el último duque de esta casa. Tal es el que hay hoy dia entre los duques brandebúrgicos y mecklenbúrgicos, aunque no sea recíproco; pues estinguiéndose la familia de los últimos, suceden los primeros, por lo cual llevan ya el título y armas mecklenbúrgicas, mas no suceden estos, muertos los duques de Brandeburgo; debiendo buscarse en el derecho público la razon de este pacto desigual. Ocurriendo, pues, tantos pactos sucesorios en la historia, serán lícitos? Respondemos, que aunque por derecho antiguo aleman no estuviesen prohibidos estos pactos, y aun al presente puedan celebrarse entre príncipes, sin embargo, la legislacion romana, lejos de permitirlos, los desecha manifiestamente. Asi es que

Justiniano los llama *odiosos y de funestos efectos*, véase la L. 30. *C. de pact. contr. bon. mor. fact.* Juliano en la L. 61. *ff. de V. O.*, Diocleciano y Maximiano, L. 4. *C. de inutil. stip.*, y Papiniano en la L. 29. §. 2. *ff. de donat.* dice con elejancia, que *semejantes contrayentes atacan las buenas costumbres y el derecho de jentes*; y últimamente Ulpiano en la L. 2. §. 2. *ff. de vulg. et pup. subst.*, afirma que *es un malvado el que solicita la herencia de un vivo*. Prueban, pues, bastante todos estos testimonios que no valen por derecho romano los pactos sucesorios. Dos son las razones. 1) Porque con ellos están en grande peligro los contrayentes; pues el que sabe que será heredero, si otro muere primero, querrá mas percibir la herencia que aguardarla; y por tanto, fácilmente le inclinará la maldad á poner asechanzas á su vida, y por esto los llama Justiniano odiosos y de funestos resultados. 2) Porque así sucedería, que la voluntad del particular derogaría las leyes de la sucesion; lo que no puede hacerse por la L. 38. *ff. de pact.* Y las leyes desechan todos los pactos sucesorios, y quieren que todos los herederos lo sean por testamento ó abintestato; de manera que la sucesion testamentaria se prefiera á la sucesion abintestato, y que cuando se espera sucesor por testamento, no tengan lugar los herederos abintestato. L. 39. *de adqui. vel. omitt. her.*

§. CDLXXXVI.

Mas aqui nace una nueva duda; pues si es cierto que el derecho público no puede mudarse por la voluntad de los particulares, L. 38. *ff. de pact.*, cómo pudo permitirse á estos hacer tes-

tamentos, y nombrar el heredero que quisieren, destruyendo con su voluntad privada las leyes acerca de la sucesion abintestato? No es á la verdad del todo infundada esta duda; pero fácil y elegantemente nos saca de ella Corn. van Bynckersh. *Obs. L. 2. C. 2.* A la verdad negamos que el antiguo modo de testar consistiese en la voluntad privada; pues por el §. 1. *Inst. h. t.* sabemos que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios *calados*, cuya palabra viene de *calare*, que significa convocar ó llamar. Convocados, pues, los comicios, el magistrado preguntaba al pueblo si querian ó no que este ó aquel fuese heredero por derecho y ley; como si fuese su hijo ó heredero mas próximo. En seguida votaba el pueblo, y si la mayor parte de las curias consentian en esta ley, era aquel heredero. Pregunto ahora: qué otra cosa era semejante testamento que una ley pública? Porque ciertamente, *ley* entre los romanos era la que establecia el pueblo romano en los comicios á propuesta de un magistrado senatorio, §. 46. Por tanto, si un ciudadano romano hacia testamento en los comicios convocados, no mudaba el derecho público de la sucesion de los agnados por voluntad privada, sino que se derogaba una ley por otra nueva; lo cual radie duda que pueda hacerse. Por lo demas tambien podemos dar ahora la razon de tantas sutilezas como usaban los romanos para hacer testamento. Es de saber que habian recibido aquella regla del derecho: *nada es mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se unió.* L. 35. ff. de R. J. Ahora bien, estando establecida por la ley la sucesion de los mas próximos parientes, no podia revocarse de otro modo

que por nueva ley. Luego los testamentos eran legales; y no pudiéndose hacer estas segun las costumbres de los romanos sino en los comicios, era consiguiente que tambien se hiciesen los testamentos en los comicios convocados.

§. CDLXXXVII. CDLXXXVIII.

Empero con el tiempo se cansaron los romanos de estos rodeos; porque, cuán molesto no era convocar á todo el pueblo romano para hacer un testamento y someterle á sus votos? Agrégase, que así era conocido siempre el heredero, y podría suceder fácilmente lo que poco hace dijimos de los pactos sucesorios, á saber: que querria mas el heredero tener la herencia, que no esperarla, y por tanto podia acechar la vida del testador. Siendo, pues, por estas causas molestísimos los testamentos hechos en los comicios convocados, se introdujo el otro jénero de ellos por *el peso y la moneda*. Hace mencion de él Justiniano §. 1. *Inst. h. t.*, y tambien Jelio, *Noct. Act. XV.* 26.; pero ninguno le describió tan diligentemente como Ulpiano, *Frag. tit. 20. §. 9.* Observa este que en esta testamentifaccion hay dos cosas á que atender: *la enajenacion de los bienes de la familia, y el nombramiento de heredero*. Se hacia 1) llamando cinco testigos ciudadanos romanos: 2) el libripende que tenia la balanza: 3) el an- testado que se llegaba al oído de los demas testigos presentes, y los advertia que se acordasen; y últimamente, 4) el comprador de los bienes que representaba el heredero, y compraba la herencia en especie. Ante todas cosas, pues, el comprador de la herencia echaba una moneda en

74 *Del modo de hacer testamento.*

la balanza, y decia: *que era suya la familia ó herencia, porque la compraba con aquella moneda y peso.* Despues el testador cedia el derecho de ella al comprador, y seguia el nombramiento de heredero, que se hacia levantando el testador en alto las tablas selladas que contenian su última voluntad, y añadiendo las palabras solemnes: *doy, lego, testo, segun que en estas tablas de cera está escrito lo que en ellas se espresa, y vosotros, caballeros romanos, dad testimonio de ello.* Ultimamente, el antestado se llegaba al oido de los testigos presentes, y los mandaba que se acordasen de todos estos actos. Mas, por qué se inventaron estos nuevos ritos? La razon es esta: dijimos en los párrafos anteriores que no se podia transmitir la herencia por los pactos sucesorios; mas habiéndose establecido por la ley de las XII tablas, *que se tuviera por ley lo que el padre de familias dispusiese acerca de sus bienes ó de la tutela de sus hijos*, los jurisconsultos que inventaban las acciones de la ley, cuidaban del rito con que mas cómodamente pudiesen transferirse los bienes ó la herencia á otra persona; y viendo que la herencia, como cosa muy preciosa, era cosa *mancipi*, §. 330., y que las cosas *mancipi* solian venderse y entregarse con el rito de la emancipacion, colijieron de aqui, que tambien la herencia podia transferirse con aquel rito: y por eso este testamento no era otra cosa que una venta solemne imaginaria. Llamo compra y venta imaginaria, porque no se pagaba el justo precio, sino una moneda; y el comprador no adquiria la herencia, sino el heredero escrito en las tablas de metal.

§. CDLXXXIX.

Por largo tiempo estuvo en uso este testamento, pues Ulpiano, *Frag. T.* 20. §. 2. atestigua que en su edad, esto es, en tiempo del emperador Alejandro, era uno de los que estaban en uso; pero entre tanto, sin embargo, habia inventado el pretor otro jénero de testamento, que se llamaba *pretorio*, y no requería mas que siete firmas. Si no sellaban las tablas con sus anillos menos de siete testigos, daba el pretor en conformidad de ellas, no la herencia, pues no podía, sino la *posesion de los bienes* que en el efecto no se diferenciaba en nada de la herencia. Nuestro Justiniano hace mencion de este testamento pretorio en el §. 2. *Inst. h. t.* No obstante, fue antiquísimo segun Ciceron *in Ver. Orat. I. c.* 45., donde presenta el mismo edicto del pretor.

§. CDXC.

Empero por qué hemos referido tan difusamente estas noticias históricas y de antigüedades, no haciéndose en el día los testamentos, ni en comicios convocados, ni por la moneda y el peso, ni segun el uso pretorio? Será esto detenerse en antiguallas inútiles? De ningun modo: el mismo emperador Justiniano hizo relacion de las mismas especies de testamentos, y porque alguno no creyese que era infructuoso, advirtió, que *ninguna cosa de la antigüedad debíamos ignorar en este punto*. La razon es, porque de estos diversos testamentos se formó uno de nueva especie, que despues descubriremos; en él hay ciertas cosas,

76 *Del modo de hacer testamento.*

de que no puede darse razon sin tener bien presente el antiguo modo de hacer testamento en los comicios convocados, y en los que se hacian por el peso y la moneda.

Con estos antecedentes entraremos en materia, y esplicaremos la *definicion, division y solemnidades de los testamentos*. La definicion dada en este mismo párrafo fácilmente se entiende: *testamento es la espresion solemne de nuestra voluntad, acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*. Decimos 1) que es la *espresion de la voluntad*; pues los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los impúberes, no pueden testar, al modo que no pueden hacerlo, los que no pueden declarar y esplicar su voluntad, como los sordo-mudos, los niños, etc. Decimos 2) que es la *espresion solemne (justa)* de nuestra voluntad, para distinguir el testamento de los codicilos; pues estos tambien son la espresion de nuestra voluntad, pero no *justa* ó *solemne*, porque está destituida de todas las solemnidades. *Justa* significa pues aqui solemne, en la que se observan todos los requisitos que la ley exige. Se añade: 3) *acerca de lo que cada uno quiere se haga despues de su muerte*, esto es, de todos sus bienes; pues si uno dispone solamente de algunas de sus cosas, y á ninguno instituye heredero, no se entiende que ha hecho testamento, sino codicilo. Por tanto, el testamento debe contener la disposicion de todos los bienes, para que sepamos quien ha de ser heredero y sucesor de todos los derechos del difunto.

§. CDXCI.

Tambien se manifiesta ya fácilmente de cuántas maneras sea el testamento. Dijimos que es la espresion solemne de nuestra voluntad; esta la declaramos ó por escrito ó de viva voz: si lo primero, el testamento será *escrito*; si lo segundo, *nuncupativo*. Mas en esto debe atenderse, no á lo que haga el escribano, sino á la intencion del testador. Si este quiso testar por escrito, el testamento será escrito, aunque al mismo tiempo leyese á los testigos lo que disponia en las tablas: al contrario, si su intencion es nombrar heredero de viva voz, será nuncupativo el testamento, aunque el escribano ponga el nombramiento por escrito para conservarle en la memoria. *L. ult. c. de testam.* Siguen ahora algunos axiomas que fácilmente se entenderán. I) *Todos pueden testar por escrito ó de viva voz.* Emundo Merilio, célebre jurisconsulto, *Obs. l. II. c. I. y l. IV. c. 39*, esceptúa las mujeres, pretendiendo que solamente pueden testar de viva voz, y no por escrito; mas á la verdad, en nuestras leyes se hace mencion de herederos de mujeres nombrados en testamento escrito *L. 19. ff. de off. test. L. 37. §. 6. ff. de legat. 1. L. 3. C. de inoff. test. L. 33. ff. de vulg. et pup. subst.* Y tambien en Suet. *Galb. c. 5.* y *Plin. l. II. ep. 20.* Cayó en este error el famoso Merilio por la *L. 77. §. 24. ff. de legat. 2*, la cual hemos explicado en nuestro coment. á la *L. Jul. y Pap. l. II. c. 11. p. 240*; de suerte que no es necesario añadir aqui nada. II.) Otro axioma es: *se ha de testar de todos los bienes*: y III.) *ninguno puede morir en parte testa-*

78 *Del modo de hacer testamento.*

do, y en parte intestado. Lo cual es tan verdadero, que en la L. 7. ff. de R. J. se dice que pugnan entre sí estas dos cosas, testar y quedar intestado. De aquí es, por ejemplo, que si uno instituyese á otro heredero en diez florines, y no añadiese quien habia de tomar los demas bienes, los llevaria todos el nombrado heredero en diez florines; porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado. IV.) *Ninguno puede morir con dos ó mas testamentos, L. 19. C. de test. mil.* La razon está á la vista: el testamento es la última voluntad; la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte; si existe, pues, un testamento mas reciente, el primero no contiene la última voluntad, y por tanto se rompe por el posterior, asi como la ley anterior se deroga por la posterior. De paso puede aquí preguntarse: por qué en las últimas voluntades se observa la regla de que *la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte*, no procediendo lo mismo en los contratos? Porque á la verdad, si yo me quisiera apartar de una venta, por haber mudado mi primera voluntad, mereceria la burla de todos. La razon de diferencia consiste en que las últimas voluntades son unilaterales, solitarias, por las que ninguno adquiere un derecho forzoso, sino solo esperanza; y los contratos son actos bilaterales, el consentimiento de dos ó mas acerca de una cosa; de donde nace para otro, no la esperanza, sino un derecho que yo no puedo quitar por mi voluntad. V.) *Del que ha de hacer testamento se exige que esté en su cabal juicio. L. 2 ff. qui test. fac. poss.* Cómo ha de declarar su última voluntad, y espresar su intencion el que está destituido de razon, y no sabe ni lo que

piensa, ni lo que quiere? De lo cual fácilmente se deduce que el furioso, ni el mentecato, ni el niño pueden testar, como veremos abajo en el título 12.

§. CDXCII.

De la misma definicion del testamento, que es la solemne espresion de nuestra voluntad, nace el axioma VI. *En el testamento se han de observar todas las solemnidades que las leyes exigen.* Una que se omite, es el testamento injusto ó nulo; *L. 1. ff. de injust. rupt. irrit. test.*; pues las leyes introdujeron las solemnidades; y el derecho público y las leyes no se mudan por la voluntad privada, *L. 5. C. de leg.* De aquí es, que aunque en la *L. 88. §. 17. ff. de legat. 2*, se ve que Lucio Ticio habia escrito en su testamento: *yo Lucio Ticio escribí mi testamento sin consejo de ningun letrado, siguiendo mas bien la razon de mi entendimiento que una esquisita y estremada diligencia; y asi, aunque no le hiciere tan legalmente y con tanta pericia como se requiere, la voluntad de un hombre que está en su sano juicio debe tenerse por ley*; sin embargo, no valió aquel testamento, y se añade, que los herederos abintestato pidieron la posesion de los bienes. Por lo demas las *solemnidades* son ciertos requisitos esenciales que las leyes no quieren se omitan en el testamento; y son ó *internas*, que pertenecen á la *materia* ú *objeto* del testamento, ó *externas*, que pertenecen á la *forma* de él. La razon de exigir las leyes tantas solemnidades, no fue otra que no haber cosa que deseen mas los hombres que la herencia, al mismo tiempo que no la hay tan espuesta á fraudes y á maldades

como el testamento. Para poner, pues, un dique á estas malas artes, requieren las leyes tantas solemnidades, tantos testigos, tantos ritos, que no es muy fácil finjir, falsear ó corromper un testamento. Sobre este asunto hemos tratado largamente en la *Orac. inaugural*, pronunciada por mí en Franequera, sobre la *jurisprudencia formularia de los antiguos, y los ritos solennnes que acompañaban á los negocios civiles.*

§. CDXCIII.

Llegamos ya á las mismas solemnidades, y en primer lugar 1) á las *internas*. De esta clase solo hay una, á saber; la *institucion de heredero*; pues si esta falta, ó no vale, se destruye todo el testamento; por lo que en el §. 34. *Inst. de legat.*, se llama elegantemente á la institucion de heredero *cabeza y fundamento de todo el testamento*. Y ciertamente, debiéndose en el testamento disponer de todos los bienes, §. 490, y siendo heredero el que sucede en todos ellos, es evidente que nunca debe omitirse en el testamento la institucion de heredero. De aqui es, que si uno haciendo testamento lega mil reales á su hermano, diez mil á su primo, una biblioteca á Pedro, prados, tierras, casas á Juan, y asi va dejando legados y fideicomisos, mas no designa heredero, no hace testamento, sino codicilos. Se pregunta, pues: cómo se ha de instituir heredero? En nuestras leyes se requieren precisamente las palabras imperativas ó equivalentes: *Pedro, sé heredero; quiero que sea heredero Pedro*. Y asi, si uno dijese: *ruego á Pedro mi heredero que restituya la herencia á Juan*, este

no seria heredero directo y ordinario, sino fideicomisario, porque no hay aqui ninguna palabra imperativa y directa. La razon de exijir nuestras leyes semejantes palabras imperativas, viene de que antiguamente se hacian los testamentos en los comicios calados ó convocados, y por tanto eran leyes, §. 486.; y las leyes no se dictan con palabras suplicativas, sino imperativas: *haced esto, no hagais esto otro*. Por tanto ya entenderemos fácilmente, porque en las XII tablas *legar* significa testar, pues la palabra *legar* viene de *lege*, en atencion á que lo que dejamos en testamento es á manera de ley, como dice Ulpiano, *Frag. tit. 14. §. 1.*

§. CDXCIV.

Pasamos á las solemnidades *externas* de los testamentos, las cuales pertenecen á la forma de ellos, y son muchas. La primera de ellas I.) es la *unidad de acto*: y se dice que el testamento se hace en unidad de acto, (1) si se celebran todas las solemnidades en un mismo tiempo, y no se interrumpe el acto de testar. (2) Si se ordena el testamento sin mezclar otro acto alguno. De aqui es, que si hoy firman, ó ponen el sello tres testigos, y mañana cuatro, no vale el testamento, porque no es hecho en un acto. L. 28. *C. de test.* Asi tambien, si empieza el testador á testar y á manifestar su última voluntad, y en seguida interrumpe este acto, celebrando un contrato con alguno de los testigos presentes, y concluido prosigue su testamento, no adelanta nada, porque falta la unidad de acto, L. 20. *ff. de V. S.* Mas por lo que toca á lo primero, debe entenderse civilmente; pues si al testador ó al tes-

tigo le ocurre algun impedimento breve y momentáneo, por ejemplo, si da un desmayo al testador, ó el testigo tiene que satisfacer alguna necesidad natural, no por eso se entiende el punto interrumpido el acto, L. 28. *C. de testam.* Pero por qué exige esto tan supersticiosamente nuestro Derecho? La razon se hallará tambien en el testamento que se hacia en los comicios convocados. Interrumpidos los comicios, ó por agüeros siniestros, ó por enfermedad que sobreviniese, ó por intercesion del tribuno de la plebe ó de los majistrados, lo que en ellos se habia acordado no valia, como si nada se hubiese dispuesto: y á imitacion de esta costumbre, tambien los testamentos debian hacerse en un acto, aunque ya no se hiciesen convocados los comicios: como dijimos en la *cit. Orat. inaug.*

§. CDCXV.

Otra solemnidad esterna era II.) *la presencia de siete testigos.* Se requieren precisamente (1) siete testigos, no por alguna razon misteriosa, sino para representar las personas que entraban en el testamento por la balauza y moneda, á saber, cinco testigos, el antestado y el libripende. Pues el comprador de la herencia representaba al heredero. (2) Los testigos deben ser *rogados*, pues no basta que de paso y casualmente estén presentes siete testigos, sino que se les ha de rogar y hacérseles saber, que el testador quiere hacer testamento, y que sean rogados para que asistan y suscriban. Y por qué esto? Otra vez debemos recurrir á los comicios convocados: pues tambien en estos era necesaria la súplica solem-

ne: *quereis, mandais, ciudadanos romanos?* como arriba advertimos, §. 487. Y aquella súplica á los testigos debe representar la solemne súplica de los comicios. (3) Tambien los testigos deben *ver* al testador, L. 9. *C. de test.*; lo cual parece exigir la misma razon; porque qué cosa mas fácil que meterse uno en la cama del testador ya difunto, é instituirse heredero á sí mismo ó á los que él quiera, si los testigos no ven al testador? Por eso de noche son precisas luces, y si la cama está rodeada de cortinas ó pabellones, se han de descorrer tambien. (4) Los testigos deben ser capaces de *testamentifaccion*. Esta regla espresamente se halla en el §. 6. *Inst. h. t.*, y unos entienden que se habla de la testamentifaccion activa, otros de la pasiva, y otros de una y otra; porque Teófilo ilustra aquella regla con esta paráfrasis: *aquellos que pueden instituirnos herederos, y ser instituidos por nosotros, tambien pueden ser testigos*. Empero de cualquier modo que se tome la regla será falsa. Si se entiende la testamentifaccion activa, lo contradice el ejemplo de la mujer, que puede testar, y no puede ser testigo en el testamento. Si se interpreta la regla por la testamentifaccion pasiva, lo repugna no solo el ejemplo de la mujer, sino el del siervo, del infante, del impúbero, que bien pueden ser instituidos herederos, y sin embargo no pueden servir de testigos al testador. Ultimamente, si se abraza una y otra testamentifaccion, otra vez se opone la mujer, que puede testar y ser instituida heredera, y no obstante no vale para testigo, como dije. Por lo cual, la regla se ha de entender de la testamentifaccion que se hacia antiguamente en los comicios convocados,

34 *Del modo de hacer testamento.*

siendo su sentido: *todo el que antiguamente podia testar en los comicios convocados, tambien hoy dia puede ser testigo*. Asi es verdadera la regla, y con ella fácilmente damos razon de por qué no puede ser testigo (a) *la mujer*, §. 6. *Inst. h. t.* (b) *el impúber*, (c) *el siervo*, L. 20. §. 6. 7. *ff. qui test. fac. poss.* (d) *el furioso*, (e) *el sordo-mudo*. Pues todos estos no eran mas partícipes de los comicios que los pródigos, los cuales se comparan á los furiosos. Por otras razones no se admiten (f) *los ciegos*, porque no pueden ver al testador; lo cual antes dijimos era necesario (g). Los condenados á alguna pena por libelos infamatorios, porque era tanta su vileza é infamia que con razon no se les daba crédito en nada. El jurisconsulto Domicio Labecn propone á Juvencio Celso la cuestion, de si el que escribió el testamento (como hoy dia el escribano) puede firmar como testigo, L. 27. *ff. qui test. fac. poss.* Pero á Celso pareció tan necia esta cuestion, que en adelante todas aquellas en que no se halla razon de dudar, han solido llamarlas los jurisconsultos *cuestiones Domicianas*. Ultimamente, 5) *ninguno de los siete testigos debe estar unido ni al testador, ni al heredero con vínculo de potestad*; pues si al hacer testamento el padre pusiese por testigos á sus hijos, ó si el testador instituyendo por heredero á Pedro llamase á los hijos de este por testigos, serian testigos en propia causa; porque este negocio se entiende que se hace entre el testador y el heredero; y el padre y el hijo se tienen en nuestro derecho por una sola persona, §. 139. De lo cual inferimos, (a) que mucho menos puede ser testigo el mismo heredero; mas no está prohibido (b) el testimonio

del legatario, §. 10. 11. *Inst. h. t.*, ni perjudica (c) que los mismos testigos estén unidos entre sí, tanto que hasta siete hermanos pueden dar testimonio en un testamento, é igualmente el padre firmando con el hijo, con tal que no estén unidos con el testador ó el heredero, §. 8. *Inst. h. t.*

§. CDXCVI.

Las dos solemnidades que acabamos de explicar, se requieren igualmente en el testamento escrito, que en el de viva voz. Siguen otras que solamente se observan en los testamentos escritos. A saber; se requiere, III.) que *escriba* el testador el testamento, ó le *firmé*. Si él mismo escribe el testamento se llama *hológrafo*: si un escribano escribe las tablas y el testador las firma, es igualmente válido que el hológrafo. Qué se hace, pues, si el testador no sabe escribir? Entonces debe añadirse un *octavo* testigo que firme á nombre de aquel, L. 28. §. 1. *C. de test*; pues en jeneral siempre que se nota en el testador algun defecto que le impida desempeñar por sí mismo alguna solemnidad, se ha de añadir entonces un testigo supernumerario; de lo que veremos abajo un ejemplo en el testamento del ciego, §. 518.

§. CDXCVII.

Llegamos á la IV. y última solemnidad, que es la *suscripcion y sello*. La suscripcion debe hacerse de propio puño y letra, para que aparezca cada uno de los que han firmado el testamento, L. 30. *ff. qui test. fac. poss.* Y qué sucede si uno de los testigos no puede escribir? Entonces per-

miten algunos que uno de los testigos firme por los otros, pero sin razon; pues por la L. 31. *C. de test.* sabemos, que solamente en los testamentos que se hacen en el campo puede un testigo firmar por los otros: en las ciudades, donde no hay falta de hombres, se han de buscar personas hábiles, y por tanto que sepan escribir. En cuanto al *sello*, igual es que señalen los testigos con su anillo ó con el ajeno, tanto que todos pueden marcar con un anillo, §. 5. *Inst. h. t.* Hoy no hay ninguna duda, porque lo mismo da que uno señale con un anillo ú otro molde cualquiera que tenga alguna figura; pero antiguamente se requería precisamente el anillo, como se manifiesta en la L. 22. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* La razon se ha de tomar nuevamente de las antigüedades romanas. Todos los romanos tenían un anillo con el que firmaban los contratos y otras escrituras que hacían en los negocios civiles: tenían además otro molde de hierro fijado regularmente en una llave, con el que sellaban la despensa, las alhajas, botellas, etc., para que no pudiesen quitar nada los siervos; cuyas llaves con anillo para sellar, halladas en la Beljia, nos las ha dado á conocer Just. Lips. en sus *Comment. ad Tacit. anno 1. II. p. m. 81.* Para que alguno no creyese, pues, que era lo mismo marcar con el molde destinado á señalar las alhajas, que con el sello que se usaba en los negocios civiles, nuestras leyes requerían precisamente este último.

§. CDXCVIII.

Hemos hablado ya de todas las solemnidades *internas y externas* que deben tener los testamen-

tos; ahora se pregunta, si se requieren algunas otras. Se responde, 1) que hoy es lo mismo escribir en cualquiera materia; antiguamente se escribían regularmente los testamentos en tablas de cera, que en seguida se cubrían con una tela, en la que firmaban por fuera los testigos. Hoy se escriben en pergamino ó papel, como no haya estado escrito y despues borrado, de manera que se pasen las letras, que en latin se llaman *charta deletitia*, como ahora suele hacerse con el palimpsesto ó vitela. Pues los romanos usaban del papel de Egipto, tan delgado que no se podia escribir en una y otra página sin transparentarse las letras; debiendo evitarlo para que no se obscureciese lo escrito. Por la misma razon advierten las leyes, 2) que el testamento no se escriba con cifras ni abreviaturas, sino con palabras enteras, para que fácilmente se lea, y no pueda darse mas de un sentido, L. 6. §. *ult. ff. de don. poss.* Acerca de los fraudes que puedan hacer los herederos y legatarios si el escribano usa de semejantes cifras ó abreviaturas obscuras, puede servir el ejemplo que Suetonio, *in vit. Galb. c. 5*, trae de este emperador: 3) advertimos que es indiferente que se escriba el testamento en una ó en otra lengua, L. 21. §. *ult. L. 15. C. de test.* Antiguamente era distinto; pues las cosas que eran de derecho civil, no podían explicarse sino en lengua latina; así como las de derecho de gentes en cualquiera, L. 8. *ff. de acceptil.*, por lo que tambien los testamentos debían escribirse en lengua latina, L. 20. §. *veteres ff. qui test. fac. poss.*, y ni aun el legado podia dejarse en griego, aunque sí el fideicomiso, Ulpian. *Frag. tit. 25. §. 9.* Mas como dije, esto se ha enmendado por las le-

yes posteriores, de manera que hoy puede usarse de cualquiera lengua.

§. CDXCIX.

Perteneciendo lo que hasta aquí hemos dicho, mas bien al testamento escrito que al de viva voz, falta saber, qué se requiere especialmente en los testamentos de viva voz? Se responde, (1) deben estar presente siete testigos hábiles y rogados, igualmente que en el testamento escrito. (2) No solamente deben ver al testador, sino oírle y entenderle. No puede, pues, ser testigo el sordo, ni el extranjero que ignora la lengua del testador. La razón es, porque aquí no consta la voluntad del testador de la escritura, sino del testimonio de los testigos que están presentes; y así es que en el testamento de viva voz, muerto el testador, se obliga á los testigos á declarar con juramento: y cómo habia de jurar el extranjero que esta era la voluntad del testador, si no la entendió? (3) A presencia de los testigos con voz clara é inteligible, debe manifestar el testador su voluntad en un solo acto. Aquí ocurre una cuestion delicada, de si vale tambien el testamento en que no se espresa heredero, sino que el testador se refiere á una cédula encerrada en cierta parte, por ejemplo: *instituyo por heredero á aquel cuyo nombre se halle despues de mi muerte en esta arqueta*. Brunemano á la L. 77. ff. de hev. Inst. Stryck, *Cautel. testam.* c. 16. §. 25, y otros juzgan que puede hacerse tal testamento, que llaman *misterioso*, *relativo*, *implícito*, apoyados únicamente en la L. 77. ff. de her. Inst., donde hay el caso de haber escrito el testador:

aquel á quien haga heredero en los codicilos, perciba lo restante de la herencia: por qué, pues, no ha de poderse decir tambien, sea heredero aquel á quien dego nombrado en el cofre? Sin embargo, á mi juicio es absurda esta induccion; pues (a) el testamento y codicilos se tienen por última voluntad, y estos reciben fuerza del testamento, y siguen el derecho de él, L. 3. §. ult. L. 16. ff. de codicill.; mas no puede decirse lo mismo de la cédula encerrada en la arqueta. (b) Nuestros autores finjen que puede hacerse testamento sin espresarse el nombre del heredero; mas en la L. 77. estaban espresos los herederos, solo que faltando que disponer de algunos bienes, habia escrito que fueran de aquel que nombrase en los codicilos. (c) Claramente contradice estas autoridades el texto de la L. 21. pr. ff. qui test. fac. poss., donde se dice: *que deben nombrarse ó escribirse los herederos manifestamente, de suerte que puedan entenderse bien*. Y acaso se escribe ó nombra claramente heredero cuando se hace referencia á una cédula? L. 29. C. de test. Se agrega: 4) que sin razon llaman estos jurisconsultos misterioso semejante testamento; pues los griegos llaman así á todo testamento escrito, no porque no esté espreso en él el heredero, sino porque ignoran quien es. Por tanto Brunemano y otros doctos jurisconsultos rechazan como ilegal este finjido testamento.

§. D....

TITULO XI.

Del testamento militar.

§. DI.

Nada es mas conforme á las reglas de buen método, que sentada una regla explicar sus escepciones: hemos visto ya las reglas que se han de observar en los testamentos; ahora se han de examinar sus escepciones. Es de saber que los testamentos en nuestra legislación romana son ó *solemnes*, en los cuales no se ha de omitir ninguna de las solemnidades explicadas hasta aqui; ó *menos solemnes* ó *privilegiados*, cuando por privilegio se pueden omitir todas las solemnidades ó alguna de las que van enumeradas. Se ha eximido de *todas* las solemnidades á los *militares*, de cuyos testamentos se trata §. 501. 508.; solo se ha eximido de algunas: 1) á los *padres*, de cuyo testamento hablaremos en el §. 509.: 2) á los que testan en tiempo de peste, §. 510.: 3) á los que hacen testamento en el campo, §. 511.; y 4) á otros varios, de los que se trata en el §. 512.

§. DII.

En cuanto toca á los *militares*, tenían ya antiguamente el privilegio de poder testar *in prociectu*. Si, pues, iban á entrar en el combate, y ceñido el sayo militar que llaman *cinto gabino*, y el escudo ya en la mano, manifestaban su voluntad á presencia de tres ó cuatro, era válida aunque faltasen las demas solemnidades, §. 1. *Inst. h. t.* Los soldados romanos hacian semejantes

testamentos siempre que estaban en extremo peligro, y tenian poca esperanza de salir con vida. De que hay ejemplos en Plutarco, *Coriolan. p. 193.* Vell. Patere. 1. II. c. 5. Pero estos testamentos militares que se hacian en compañía, ya no estaban en uso hacia tiempo, segun testifica no solo nuestro Justiniano, §. 1. *Inst. h. t.*, sino tambien mucho antes de él Cic. *de not. deor.* 1. II. c. 3.; y asi manifestamente son otros los testamentos de que vamos á tratar. Se ha de saber que los testamentos militares fueron inventados nuevamente por los emperadores despues que, como advertí al §. 474., introdujeron la milicia mercenaria como mas conveniente al gobierno monárquico. Para que se alistasen, pues, en ella con mas gusto los jóvenes, los estimularon con varios privilegios, entre los que fue uno el de poder hacer testamento sin observar ninguna solemnidad. Tenemos la historia de este privilegio en la L. 1. *pr. ff. h. t.*, de la cual aparece que Julio César fue el primero que concedió por cierto tiempo este privilegio, que despues Tito, Domiciano, Nervá y Trajano estendieron á todos los militares. Al mismo tiempo advertimos con qué poco acierto habló de esto Triboniano, cuando en las *Inst. h. t.* funda la razon de este privilegio en la *grande impericia de los militares*; pues á la verdad, si no fuese otra la causa de tan alto privilegio, era consiguiente que solo se limitase á los soldados rasos, lo cual es no obstante falso, como claramente se ve en la L. 44. *ff. h. t.* Sin embargo, tambien lo atribuye Domiciano á la simplicidad, L. 1. §. 1. *ff. h. t.*

§. DIII.

Es un axioma, pues, acerca de los testamentos militares, *que para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad, ni interna, ni esterna*, sino que basta su voluntad, L. 1. ff. h. t. Fácilmente demostraremos que está libre el militar de observar las solemnidades internas, si comparamos su testamento con los de los paisanos; pues 1) los paisanos no pueden instituir heredero á ninguno que las leyes declaren por incapaz, §. 539. y sig.; mas los militares instituyen á los que quieren, aunque sean incapaces, como los deportados: L. 13. §. 2. h. t. 2) los paisanos, si tienen hijos, ó los han de instituir herederos, ó tienen que desheredarlos espresamente y con justa causa, §. 521, y si los pasan en silencio, el testamento es nulo, *pr. Inst. de exher. lib.*; mas el militar puede tambien preterir á los hijos, L. 9. L. 19. C. h. t. 3) El paisano que hecho testamento muere y deja embarazada á su mujer, ha testado en valde, si nace un póstumo ó póstuma, pues estos rompen el testamento de sus padres, §. 572.; al contrario, el testamento del militar no se rompe, aunque despues de su muerte nazca un póstumo, L. 7. L. 8. ff. h. t. 4) Si un padre paisano desheredó sin justa causa á un hijo ó hija, se rescinde su testamento por la queja de inoficioso testamento, §. 581.; y lo mismo sucede si los padres son preferidos ó desheredados injustamente por los hijos, ó los hermanos y hermanas, instituyendo una persona torpe, *ibid*; pero el testamento del militar no puede rescindirse por la queja de inoficioso testamento aun-

que se olvide de los hijos, padres ó hermanos, L. 29. §. ult. ff. h. t. L. 27. §. 2. ff. L. 9. C. de inoff. test. 5) Ningun paisano puede morir parte testado, parte intestado, §. 461. 3., y si lo puede hacer el militar; por ejemplo: si solo de un fundo nombra heredero, y en cuanto al restante patrimonio muere intestado, sin embargo vale el testamento, L. 6. ff. h. t., é igualmente si instituyese heredero por cierto tiempo, L. 15. §. 4. h. t.; las cuales cosas son todas al contrario en los paisanos. 6) Ninguno de estos puede morir con dos testamentos, §. 491. 4., pues el primero se rompe por el posterior, §. 573. 2.; mas se le permite esto al militar, y su primer testamento no se rompe por el posterior, á no ser contrarios entre sí, L. 29. pr. ff. h. t. 7) El paisano no puede instituir heredero en los codicilos, sino en el testamento solemne, §. 652. 2.; pues los codicilos no son inventados para instituir heredero, sino para dejar legados y fideicomisos, *ibid.* n. 2.; pero el militar tambien instituye heredero en los codicilos, L. 36. pr. ff. h. t. 8) La sustitucion es permitida á los paisanos, pero la pupilar solamente á los padres, los cuales pueden instituir heredero para el caso de que sus hijos mueran dentro de la pubertad, §. 561. 5.; y el militar puede sustituir pupilarmente á su hijo, aun cuando muera fuera de la pubertad, y no está obligado á observar ninguna otra regla en la sustitucion, L. 5. L. 15. §. 5. L. 28. h. t. 9) Si el pagano carga la herencia con legados, de manera que no le queda al heredero salva la cuarta parte de aquella, puede el heredero segun la ley Falcidia detraer á cada uno de los legatarios á prorata lo que sea necesario para que á él le que-

de la cuarta parte de los bienes, §. 650.; pero el heredero instituido por un militar no puede sacar esta cuarta Falcidia, aunque nada le quede salvo; sino que está obligado á consumir todo el haber en los legados, L. 17. §. *ult. ff. h. t.*

§. DIV.

Estando exentos los militares de las solemnidades internas, mucho menos por cierto les obligarán las leyes que requieren tantas solemnidades externas. De aqui es, 1) que si testa por escrito, no se exigen ningunos testigos, ninguna súplica, y mucho menos se pregunta si son hábiles, y si tienen testamentifaccion: basta que se hallen las tablas del militar, y que conste ciertamente que él las ha escrito ó firmado, L. 40. *pr. ff. h. t.*: lo cual es tan verdadero, que se dice vale tambien el testamento que hace el militar herido escribiendo con la espada ó vaina y su sangre en la arena, de modo que se entienda bien, L. 15. *C. h. t.* 2) Si el militar quiere hacer testamento de viva voz, bastan dos testigos, no por solemnidad, sino por prueba, para que conste que así lo dispuso el militar; pues cuantas veces se habla de prueba en nuestras leyes, y no de solemnidad, otras tantas bastan dos testigos, y hacen prueba plena, L. 12. *ff. de testib.* Y esto mismo dió á entender el emperador Trajano cuando en su elegante rescripto, §. 1. *Inst. h. t.* dice: que el militar ha de manifestar su voluntad, *convocando al efecto á los testigos*: convocándose los cuales, no por solemnidad, y sí para prueba, es evidente que no deben ser rogados solemnemente, como se requería en el testamento de los

paganos, §. 495. 3) Por tanto, el único requisito esencial de este testamento militar, es que conste que el militar hace su disposicion con ánimo deliberado, y no en broma, y por casualidad; pues si, como sucede, chanceándose dijese entre los escesos de la mesa que instituia heredero á este ó aquel, este nombramiento es de ningun valor, y todo es menos testamento, como elegantemente manifiesta Trajano en el citado rescripto á Catilio Severo, §. 1. *Inst. h. t.*

§. DV.

Ahora se pregunta: á *quiénes* se ha concedido este privilejio? Lo cual se ha de juzgar por el espíritu del privilejio mismo. Si la simplicidad de los militares fuese la causa de este privilejio, solo perteneceria á los soldados rasos, como dijimos al §. 502. Empero aunque pueda ser que al principio hubiese dado *Domiciano* este privilejio á los militares atendiendo á su sencillez, L. 1, §. 1. *ff. h. t.*, y despues *Antonino*, L. 4. *C. eod.*; no fue sin embargo esta la única razon, sino que principalmente los movió el inminente peligro de los soldados, el cual no les permite que cuiden de las solemnidades de los testamentos. Elegantemente se espresa esta razon en la *L. un pr. ff. de bon. poss. ex test. mil.* No es dudoso que sean válidas las voluntades de aquellos que al frente del enemigo ordenan de cualquier modo su disposicion, y alli les llega su último dia, y poco despues se añade: que tambien pueden testar militarmente el presidente de la provincia, y otras personas que se hallen en el ejército, porque tambien se hallan in procinctu y espuestas á los mismos pe-

ligros. Esta es la verdadera y adecuada razon de este privilejio, como lo observó ya Decio entre los glosadores, y de los jurisconsultos modernos Arn. Vinio, *ad pr. Inst. h. t. p.* 310. Por cuya razon fácilmente podemos responder ya á la pregunta de, á quiénes compete este privilejio: á saber; á todos los que están al frente del enemigo, y espuestos á los mismos peligros, aunque no militen, §. 1. *Inst. h. t.*, como los presidentes de la provincia, y sus comisionados que se hallan en las plazas fuertes ó en los campamentos, *L. 44. ff. h. t. L. un pr. ff. de bon. poss. ex test. mil.*; y tambien los capitanes de los buques de la armada, los marineros, los centinelas, y los recién entrados que aun no se han alistado, *L. un. §. 1. ff. eod.*; luego hoy dia tambien los predicadores, médicos, cirujanos, jueces castrenses, cuestores, los diputados por el gobierno, y aun los cocineros y vivanderos. Y lo que es de admirar, hasta el sordo-mudo puede hacer testamento, *L. 4. ff. h. t.*; lo cual ha chocado á algunos. Cómo, dicen ellos, pueden ser militares los sordo-mudos, ni cómo estos pueden manifestar su voluntad? Pero se salva la dificultad diciendo, que aunque los sordo-mudos no se hacen soldados, no obstante, si salen en el ejército heridos del oido y la lengua, no por eso dejan de ser soldados antes de conseguir la licencia. Luego tambien pueden testar segun el privilejio militar, con tal que puedan expresar por escrito su voluntad.

§. DVI.

La misma causa de este privilejio manifiesta quando se puede usar de él. La glosa distingue si

los militares están en el campo de batalla ó dentro de una plaza delante del enemigo, ó de guarnicion, libres de enemigos. En el primer caso no hace falta ningun testigo, en el segundo dos, y en el tercero se han de observar todas las solemnidades, pues quando están libres de enemigos, y en los cuarteles de invierno, con razon hacen testamento por derecho ordinario, porque entonces se hallan fuera de peligro; como ya lo observaron los jurisconsultos Frisio y Viglio Zuichemo, *Comm. ad X. tit. Inst. Jur. civil.* Por tanto, estando fuera de peligro los militares, es manifesto que hacen testamento por derecho comun, y que no pueden usar de ningun privilegio. Y habiendo testado en la expedicion vuelve salvo, espira este testamento, alejado el peligro? No se destruye si permanece soldado; si consigue licencia se ha de distinguir; pues la licencia ó es *honrosa*, la cual se hace cumplido el tiempo del servicio; ó *causal*, la que se da por las heridas y por imposibilidad que sobreviene; é *ignominiosa*, la que se da por algun crimen grave. Si la licencia es honrosa y causal, todavía vale el testamento por un año y un dia despues de la licencia; y por tanto, si muere dentro del año el testador, los herederos suceden en virtud del testamento, L. 26 *pr. h. t.*, aun quando la condicion puesta á los herederos exista despues de pasado el año. L. 38. *pr. ff. eod.* Tambien vale el testamento si uno consigue licencia honrosa ó causal, y vuelve á alistarse en la milicia dentro de un año, L. 38. §. 1. *ff. h. t.* Mas si á uno se le ha dado licencia por ignominia, ni por un año vale el testamento, sino que pierde su vigor desde el momento de la licencia. L. 26. *pr. h. t.*

§. DVII.

Hemos espuesto la doctrina del derecho romano acerca del testamento militar; solamente falta una cuestion, de la que va á tratarse, porque alguno no caiga en error. A saber: dijimos al §. 478. 2, que en el peculio castrense el hijo de familia se tenia por padre de familia, de manera que puede hacer testamento acerca de él, lo que no podia hacer el hijo de familia en los demas bienes, §. 515. 4. Si, pues, en el peculio castrense puede el hijo de familia hacer testamento, goza del privilegio de testar como los militares? No: puede, sí, testar, igualmente que el militar; pero no del mismo modo, sino que debe observar todas las solemnidades arriba descritas, *L. ult. 5. de inofic. test.* La razon se ha de buscar en la causa del privilegio dado á los militares, que dijimos era el peligro que les amenaza; y el hijo de familias que hace testamento del peculio castrense ó cuasi, no siempre se halla en riesgo: puede por tanto, y debe hacer testamento solemne. No obstante, si es militar, y se halla *in procinctu*, ó en plaza sitiada, no es dudoso que puede usar de los derechos de los demas militares.

§. DVIII.....

§. DIX.

Hasta aqui del primer jénero de testamentos privilegiados, á saber: del militar. Sigue otro; el testamento de los *padres entre los hijos*; mas aqui no se entiende solamente el padre, sino la madre, y aun el abuelo y abuela. Aqui se ha de

distinguir si estos disponen de los bienes solo entre sus hijos, ó lo hacen *por escrito*, ó *de viva voz*. Si lo primero, no se requiere ningún testigo, ni otra solemnidad, con tal que 1) escriban ellos mismos las tablas, ó las firmen: 2) espresando el año, el mes y el dia, y tambien 3) las *uncias* ú onzas, en las que instituyen herederos á los hijos, no con cifras, sino con letras; pues esto exige solamente la *Nov. CVII. c. 1*. Mas si disponen de viva voz los padres entre los hijos, la misma razon dicta que deben estar presentes testigos que confirmen haber oido la voluntad de aquellos; empero no siendo por solemnidad, sino por prueba, bastan dos, por lo que dijimos al §. 504. L. 12. ff. *de testam.* Todavía se ha de advertir aqui, que se concede este privilegio á los padres solamente respecto de sus hijos: por lo cual, si al morir dispone uno entre sus hijos tambien por escrito, sin testigos, y en el mismo testamento instituye herederos ó hace legados á la viuda, al hermano, al tio, etc., valdrá, en verdad, esta disposicion respecto á sus hijos, pero no en cuanto á las personas estrañas. Muy claramente se inculca esto en la *Nov. XII. c. 1*, donde se dice, que si el padre quiere legar en las mismas tablas, *debe hacerlo á presencia de testigos*. Y aunque hallemos otra cosa en la *Auth. quod sine C. de testam.*, tomada de aquella novela, no obstante, ya hemos advertido arriba, que cuando discrepa la auténtica de su original no tiene ninguna autoridad. §. 16. 5.

§. DX.

Los demas testamentos privilegiados pueden esplicarse con menos trabajo. Tal es III. el testa-

mento *hecho en tiempo de peste*, acerca del cual hay que advertir una regla, á saber: que deben observarse todas las solemnidades, escepto la unidad de acto, L. 8. *C. de testam.*; pues siendo natural que en un tiempo tan triste recelen los hombres reunirse en número de siete en un lugar, se permite que si el testador rogase hoy á dos testigos para que suscriban, mañana á tres, y pasado á otros dos, vale del mismo modo este testamento, que si se hubiesen reunido los testigos en un mismo tiempo, y se hubiese hecho todo en un acto.

§. DXI.

Tambien es privilegiado IV. el testamento *hecho en el campo*; de modo que 1) si no pueden buscarse siete testigos, bastan cinco: 2) si uno no sabe escribir, puede firmar otro por él; lo cual es al contrario en el testamento solemne, segun observamos arriba, §. 497. L. *ult. C. de test.* Y qué sucede si los que impugnan el testamento dicen que podian haberse reunido mas testigos fácilmente por ser la aldea poblada, y habitar en ella mas de treinta padres de familia? Se responde, que esto debe probarlo el que lo alega, pues siempre se presume que en las aldeas no pueden hallarse siete testigos. Ni basta que diga el que impugna el testamento que alli habitaban treinta aldeanos; debe probarse precisamente que estaban en aquel tiempo en casa, y que pudieran convocarse, pues los aldeanos fuera del invierno rara vez se hallan en casa, estando ya en la ciudad, ya en el campo. Por lo demas, de aqui fácilmente se infiere que este privilegio no solo pertenece á los patanes, sino á las personas ilus-

tres, nobles y de alto honor que alli habitan; por cuya razon no llamé á este jénero de testamento de los *rústicos*, como le llaman la mayor parte, sino de los que hacen testamento en el campo.

§. DXII.

Cuentan ademas los doctores otros testamentos privilegiados, que se comprenden en una clase. Tal es V. el testamento presentado al príncipe; y VI. el insinuado en las actas, ó hecho á presencia del juez, que se llama *público*; pues como estos testamentos se apoyan en la fe pública, no exigen ninguna solemnidad, L. 19. *C. de testam.* VII. El testamento posterior imperfecto en que se llama á la sucesion los herederos abintestato preferidos en el primero. Pues aunque en los demas casos subsista por derecho el primer testamento mientras no se rompa por otro igualmente perfecto, §. 572. 2., no habiendo cosa tan natural como que no se disuelva una cosa sino del mismo modo que se unió, L. 35. *ff. de R. J.*; no obstante, por favorecer á las sucesiones abintestato, permitieron las leyes, que aun el imperfecto testamento posterior rompa el anterior perfecto, si en aquel se llama á los mas próximos herederos abintestato, L. 21. §. *per 5. de testam.* Ultimamente, refieren aqui VIII. el testamento *por causas piadosas*; asi se llaman las iglesias, los pobres, cautivos, las escuelas, las dotes. Estos testamentos no tienen ningun privilejio por las leyes romanas; pero el romano pontífice, que tanto favorece á las causas piadosas, dispensa estos testamentos de todas las solemnidades, con tal que pueda probarse la voluntad del tes-

tador. La razon es clara, y asi advertiré solo que el fundamento de esta doctrina se halla en el C. 11. X. de testam.

TITULO XII.

A quiénes no es permitido hacer testamento.

§. DXIII. DXIV.

Los títulos próximos antecedentes trataron del modo de hacerse los testamentos, asi solemnes, como privilegiados; ahora se pregunta: qué personas pueden hacer testamento, y cuáles no, en este tit. 12. y quiénes pueden ser instituidos herederos, y quiénes no, tit. 13. 16. En cuanto á los testadores, sentaremos el axioma, de que *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está prohibido hacerlo*. Mas para que no se crea que esplicamos lo mismo por lo mismo, descomponemos aquel axioma jeneral en estos tres. 1) El hacer testamento es de derecho civil romano; lo cual ya demostramos al § 484. 2) Solo se concede hacer testamento á los padres de familia, como se manifiesta en la ley de las XII. tablas que vimos al §. 48. 3. El testamento es la solemne manifestacion de nuestra voluntad, §. 490.

§. DXV.

Dijimos en el primer axioma, *que el hacer testamento es de derecho civil romano*. Pero no es mas bien de derecho de jentes? No es difícil la respuesta: muchas naciones acostumbraban hacer testamentos ademas de los romanos, y es-

pecialmente consta de los atenienses; mas aqui hablamos del testamento cual le hemos descrito por derecho romano, y este no es de derecho de gentes, sino de derecho civil romano, del cual solamente, y no de la recta razon, ni de las instituciones de otros pueblos, se derivan todas las solemnidades y leyes de los testamentos. Siendo, pues, de derecho civil el hacer testamento, es consiguiente que no puedan testar 1) los *siervos*, porque no son personas ni ciudadanos, L. 19. *ff. qui test. fac. n. poss.* Y pregunto: de qué han de testar? acaso del peculio? Todo el peculio de los siervos es profecticio, §. 470; luego el dominio es del señor, y por consiguiente no pueden testar los siervos sobre cosa ajena. Es verdad que hay un pasaje en Plinio, *lib. VIII. ep. 16*, donde refiere que al morir sus siervos les permitia disponer como querian de su peculio por última voluntad, mas propiamente esto no era testamento, ni valia esta última voluntad por derecho público, sino en virtud del consentimiento y voluntad de Plinio. Del mismo axioma se sigue: 2) que no pueden hacer testamento los *prisioneros de guerra*; pues tambien estos se hacian siervos por derecho romano, §. 82. Si no obstante hacian testamento en la ciudad, y morian entre los enemigos, valian sus testamentos por la L. Cornelia, que finje morir en la ciudad aquel que muere en poder de los enemigos. Si antes de caer prisionero testó en casa, y luego recobra la libertad, vale su testamento por derecho de posliminio, que finje no haber estado prisionero el que salió del poder de los enemigos. Ultimamente, si no hace testamento en casa, y sí entre los enemigos, es hecho por un siervo,

104 *A quiénes no se perm. hacer test.*

y por tanto no vale aunque haya vuelto del cautiverio, L. 8. *pr. ff. qui test. fac. poss. §. ult. Inst. h. t.* Del mismo axioma inferimos, 3) que no pueden hacer testamento los extranjeros, y reduciéndose á la clase de estos los deportados y aquellos á quienes se prohibia el agua y el fuego, es evidente que unos y otros son incapaces de testar, L. 8. §. 1. *ff. eod.*; lo cual sin embargo se ha de entender del derecho civil, pues el ateniense bien podia testar por las leyes de Atenas, aunque no fuese ciudadano romano.

§. DXVI.

Los que en el párrafo anterior hemos dicho no poder hacer testamento, no participaban del derecho público romano. Sigue otro axioma; pues los hay que no pueden testar, *porque no son padres de familia*, á los cuales solamente concede la ley de las XII tablas la facultad de testar, §. 487. De aquí fácilmente se infiere: 1) por qué no pueden hacer testamento *los hijos é hijas de familia*, ni aun permitiéndolo el padre, y es porque este en nada puede relajar el derecho público, L. 17. *pr. h. t.* Se exceptúa el peculio castrense, en el cual el hijo es tenido por padre de familia, segun advertimos ya en el §. 478. Y en el peculio adventicio? En este, aunque la propiedad es del hijo, sin embargo no puede hacer testamento acerca de él, porque en él no es tenido por padre de familia. L. *pen. C. qui test. fac. poss.* Del mismo axioma se deduce 2) por qué se destruye el testamento del padre de familia *que se entrega despues en arrogacion á otro*; pues haciéndose por este medio hijo de familia, vuelve

la cosa á un estado en que no puede tener efecto. Aquí suscita Merilio una curiosa cuestion, *Obs. L. II. C. 69. y L. IV. C. 39.*: si las mujeres pueden hacer testamento. En ella establece la opinion singular de que pueden testar las mujeres de *viva voz* y no *por escrito*; lo cual prueba con la *L. 77. §. 24. ff. de legat. 2.* Y á la verdad, allí encarga un padre á su hija mirando por su bien, que mientras tenga hijos no haga testamento; y da por razon, que así podrá vivir sin peligro: de donde infiere Merilio, que no podia testar la mujer sin peligro, porque debia nombrar siempre al heredero de viva voz, y por tanto se esponia á sus asechanzas. Mas no penetró la razon aquel docto jurisconsulto, como lo manifestamos claramente en los comentarios á la *L. Pap. Popp. L. II. c. II. p. 240. y sig.*

§. DXVII.

Llegamos á un nuevo axioma, á saber: *el testamento es la expresion solemne de nuestra voluntad*, §. 490. De aquí se deduce claramente que no pueden testar 1) los *furiosos y mentecatos*, los cuales no saben lo que quieren. Y si tuvieran algun lucido intervalo de razon? Entonces ciertamente nada hay que les impida hacer testamento, §. 1. *Inst. h. t.*, con tal que no esté encubierto el furor bajo una especie de sosiego aparente, *L. 18. §. 1. ff. de acqu. vel amitt. rer. poss.* Si se duda si está en su sano juicio, se juzgará por la disposicion del testamento, mirando si ha testado prudente ó disparatadamente: de lo cual se encuentra un ejemplo en *Valer. M. 1. 7. c. 8.* Son de la misma condicion 2) los *pródigos*, porque

106 *A quiénes no se perm. hacer test.*

aunque tienen sana la razon , en todas nuestras leyes se les iguala á los furiosos: mas debe entenderse esto desde el tiempo en que se les ha quitado la administracion de los bienes; pues si antes de esta intervencion hacen testamento, no hay duda que vale , L. 18. *ff. h. t.* Vulgarmente se añade la escepcion que vale el testamento hecho por el pródigo , *si mira bien por la posteridad* , esto es; si instituye por heredero á los que en otro caso sucederian abintestado; mas esta doctrina es desconocida en nuestro derecho , pues ninguna autoridad tiene en nuestros tribunales la Nov. 39. de Leon , como hicimos ver al §. 17. 8. Tambien se deduce 3) del mismo axioma, que los impúberes no pueden testar, pues no saben mejor lo que hacen que los furiosos: porque si bien hay algunos en quienes se desenvuelve la razon antes de la pubertad , lo que puede suceder en un caso raro, las leyes no se establecen segun lo que rara vez acontece , L. 4. *ff. de legibus*.

§. DXVIII. DXIX.

Por el mismo axioma tambien entendemos qué enfermedades del cuerpo impiden hacer testamento. De los *sordo-mudos* nadie lo duda, diferenciándose poco de los mentecatos ; pero es diferente si aquellos dos defectos están separados : pues la esperiencia enseña que el sordo con la voz , y el mudo con la escritura , pueden expresar bien sus pensamientos. Y mucho menos se debe quitar la facultad de testar al *ciego*. No obstante , como en este caso hay lugar á fraudes, tienen algo de singular los testamentos de los ciegos ; pues 1) solo pueden testar de viva voz:

2) el escribano debe al punto reducir á escrito la disposicion: 3) se ha de añadir un octavo testigo: 4) se ha de volver á leer al ciego lo escrito, mirando y examinando al mismo tiempo si todo se ha escrito con exactitud: 5) el ciego tiene no solo que nombrar el heredero, sino describir sus circunstancias, para no errar casualmente en la persona; y últimamente, 6) debe agregarse la suscripcion y sello de los testigos, todo lo cual se esplica cuidadosamente en la L. 8. *C. qui test. fac. poss.*, donde se halla el fundamento de esta doctrina.

§. DXX.

Resta hablar de algunos, á quienes por castigo se ha prohibido hacer testamento, si bien la mayor parte de estas prohibiciones se derivan de leyes posteriores. No pueden testar 1) *los reos de estado*, porque todos sus bienes se aplican al fisco, L. 5. *C. ad leg. Jul. Maj.*: 2) *los apóstatas y hereges*, por la L. 3. *de apost.* y L. 4. *de haeret.* Mas en este punto no toca á los teólogos declarar quienes son herejes, sino á las leyes nacionales; pues á ninguno se prohíbe testar si su relijion se permite en el estado: 3) *los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos de primer matrimonio, cesa si los padres incestuosos instituyen los hijos legítimos, L. 6. *de incest. nupt.* 4) *Los condenados por libelos infamatorios*; pues la L. 18. §. 1. *ff. h. t.* los declara malvados é incapaces de testar. No obstante, no se ha de tener toda injuria escrita por libelo famoso; pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este echa á otro la culpa de un

108 *A quiénes no se perm. hacer test.*

delito atroz. 5) Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar. Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*; no lo es menos que leyendo con cuidado aquella novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes, porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si hoy dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el derecho Justiniano. Sin embargo, domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoy dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

TITULO XIII.

Del modo de desheredar á los descendientes.

§. DXXI. DXXII.

Hasta aqui hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, dijimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como externas, á saber; la institucion de heredero: á esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este titulo. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa fuese entre los romanos la patria potestad, que tambien se extendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Asi es, que espresamente dice

Paulo en la *L. XI. fin. ff. de lib. et postum.*, que se permitia desheredar absolutamente los hijos, asi como tambien podian sus padres matarlos. Y en verdad que existen ejemplos que hoy dia leemos con asombro. Asi vemos en *Valer. M. lib. VII. c. 7. §. 3.*, que el niño C. Tercio fue desheredado por su padre: y cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Pero lo permitia el rigor de la patria potestad. Sin duda que los lejisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apenas podria suceder que injustamente juzgaran de su misma sangre. Empero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraidos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternales, se estableció últimamente por las leyes, que el padre no preteriese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII.

Asi como los hijos eran de distintas condiciones, asi tambien el padre tenia mayor ó menor facultad para desheredar los hijos. A saber: los hijos se distinguian en *suyos y emancipados*, en *legítimos é ilegítimos*, en *naturales y adoptivos*, en *hijos varones y hembras*, en *hijos de primer grado y de ulteriores grados*, y últimamente, en *nacidos y póstumos*. Los de mejor condicion entre todos eran los *hijos varones suyos naturales y de primer grado*; pues ó habian de ser instituidos herederos, ó se habian de desheredar espresamente. Y asi es, que si el padre los preteria en el testamento, ó decia asi: *no quiero que mi hijo sea mi heredero*; era nulo el testamento, porque ni se habia instituido heredero á su

410 *Del modo de desh. á los descend.*

hijo, ni se le habia desheredado espresamente. Por lo demas, si uno tenia solamente un hijo, es claro que no era preciso nombrarle por constar de cierto la intencion del testador, *pr. Inst. h. t.* En segundo lugar estaban las *hijas suyas y naturales*, y tambien los *nietos*. Se diferenciaban de los hijos varones, 1) en que estas debian desheredarse espresamente, y las hijas y nietos se podian desheredar entre otros, por ejemplo: *sean herederos Pedro y Juan mis hijos: á los demas los desheredo.* 2) El hijo preterido anulaba el testamento; mas siendo preteridos la hija y nietos, no por eso se destruia el testamento, sino que los preteridos acrecian en iguales porciones.

§. DXXIV.

Siguen los *póstumos*, cuya condicion era antiguamente dura, no pudiendo ser instituidos herederos por ser personas inciertas, §. 26. 27. *Inst. de legat.*; mas habiéndose establecido despues el principio, de que *el póstumo se tiene por nacido cuando se trata de su beneficio*, sucedió que tambien para los póstumos valiese la regla, que ó se habia de instituirlos herederos ó desheredarlos, §. 1. *Inst. h. t.* Por lo cual, si son preteridos, y despues nacen vivos, rompen el testamento, y se admiten á la sucesion abintestato como los demas hijos: de manera, que hoy dia no puede verificarse el que se desherede á un póstumo; pues desde que Justiniano señaló en la *Nov. CXP.* ciertas causas de desheredacion, v. gr., la ingratitud, que no cabe en un póstumo, no puede este ser desheredado.

§. DXXV.

Siguen los hijos *emancipados*; los cuales considerándose estraños respecto del padre, impunemente podian ser preteridos por él; y por tanto, ni tenian que ser instituidos ni desheredados. Mas pareciendo esto injusto al pretor, los llamó á *la posesion de los bienes contra el testamento*; y por tanto, si piden este beneficio al pretor, pueden tomar su parte de herencia, á no ser que hayan sido espresamente desheredados, §. 3. *Inst. h. t.* Por lo demas, se ha de tener presente que se ha de pedir aquel beneficio *dentro de un año útil*, y que pasado ya no hay remedio. Véase la L. 5. *ff. de success. edict.*

§. DXXVI.

Ultimamente, tocante á los hijos *ilejítimos* y *adoptivos*, aquellos se entiende que no tienen padre, y estos son de la misma condicion que los naturales. De donde se sigue: 1) *que el padre no está obligado á instituir herederos ni á desheredar los hijos ilejítimos, sino que puede preterirlos sin peligro.* En lo que son de peor condicion que los emancipados; los cuales, segun dijimos, pueden pedir la posesion de los bienes contra el testamento, á lo cual no tienen derecho los ilejítimos. 2) *Que los adoptivos mientras dure la patria potestad, ó han de ser instituidos, ó desheredados espresamente.* De lo cual inferimos, 3) *que á los no adoptados plenamente no hay que instituirlos ni desheredarlos, porque es claro que no están bajo la patria potestad*, §. 186.

§. DXXVII. DXXVIII. DXXIX.

En tantos embrollos y rodeos está envuelta la doctrina de la desheredacion en las *Inst. Pand. y Cod.* Pero Justiniano reformó en la *Nov. CXV.* toda esta doctrina, de manera que puede reducirse á pocos axiomas. I. *Todas las personas á quienes se les debe porcion lejitima, hoy dia han de ser instituidas ó desheredadas por su nombre:* y la lejitima se debe á los padres, hijos y á los hermanos uterinos y consanguíneos, cuando se prefiere á estos persona torpe; todos sin distincion de sexos. Aqui ocurre una pregunta, á saber: de dónde tiene oríjen esta porcion lejitima? Lo mas probable es que la haya introducido algun jurisconsulto á ejemplo de la cuarta Falcidia; pues ademas de que en lo antiguo siempre fue la cuarta parte de los bienes, claramente se llama cuarta Falcidia en las L. 8. 9. y 14. ff. de inoffic. test. L. 31. C. eod., y en Paul. recept. sent. lib. 4. tit. 5. §. 5. Mas hoy dia ya no es la cuarta parte de los bienes; pues Justiniano estableció en la *Nov. XVIII. c. 1.*, que si las personas eran cuatro ó menos, la porcion lejitima fuese la *tercera parte* de la herencia, y si eran mas de cuatro, la *mitad*. II. *Toda desheredacion debe hacerse puramente.* Por tanto, no parece desheredado aquel de quien dice el padre: *desheredo á mi hijo si es verdad que me ha injuriado*, L. 3. §. 1. ff. de lib. et posth. III. *La desheredacion debe hacerse de toda la herencia;* pues si alguno es instituido heredero, aunque solo sea en muy pequeña cantidad, no es desheredado, sino que tiene la accion *in factum expletoria* para com-

pletar la lejitima. IV. *Toda desheredacion debe hacerse con justa causa, que se espresese en el mismo testamento*, por ejemplo: desheredo á mi hijo por haberme golpeado.

§. DXXX.

Causas justas son, no cualesquiera que parezcan tales al testador, sino las que están determinadas por las leyes. Justiniano las determinó en la espresada *Nov. CXV. c. 3.*, fijando catorce por las que pueden ser desheredados los hijos. 1) *Injuria grave*, á saber, *de palabra*, por ejemplo, si el hijo dijese al padre que era un malvado. 2) *Injuria de hecho*, si el hijo pusiese al padre las manos, golpeándole ó azotándole, etc. 3) *Si pusiese asechanzas á su vida*. 4) Si delatase al padre ante el majistrado, por ejemplo, por haber defraudado al fisco, y el padre sufriese por ello algun daño. 5) *Si el hijo se hiciese hechicero, ó tratase con ellos*. 6) *Si impide al padre testar*; lo cual es tan odioso, que aun por eso á los estraños se les quita la herencia como indignos de ella, *L. 1. §. 12. y L. 4. ff. Si quis aliqu. test. proh*. 7) *Si alguno despreciase á su padre furioso*, y no le tomase bajo su cuidado. 8) *Si no le saca del poder de los enemigos pagando el rescate*. 9) *Si el hijo se hace hereje*, cual los hemos descrito §. 520. 10) *Si el hijo acusase al padre de crimen que merezca pena de muerte*, escepto el delito de lesa majestad; pues estando ordenado que se castigue este crimen aun en los que callan; no se puede atribuir á vicio que prefiera el hijo su bien al de su padre. Por lo demas, se deja conocer que esta causa solo se entiende respecto de

114 *Del modo de desh. á los descend.*

los hijos varones, porque las mujeres no pueden acusar por la L. 8. 8 ff. de accus. 11) *Si el hijo tuviese trato ilícito con su madrastra*; cuya causa parece la tomó Justiniano de la misma sagrada Escritura, Gen. 49. 34., donde Jacobo escluyó por este delito á su hijo primojénito Ruben del reinado y del sacerdocio. 12) *Si el hijo se metia mimo ó farsante contra la voluntad de su padre.* Lo cual hoy dia se aplica malamente á los cómicos; pues los mimos eran infames, L. 1. ff. de is qui not. infam.; y nuestros cómicos frecuentemente viven con estimacion, y muchas veces no se envilece el honor de los padres porque sus hijos escojan este jénero de vida. 13) *Si el hijo teniendo á su padre en la cárcel, no quiere libertarle afianzando por él.* Tambien esta causa es propia solamente de los hijos varones; pues las hijas, como mujeres, no pueden interceder por otros, impidiéndoselo el senadoconsulto Velejano. Véase la L. 11. §. 12. ff. de Scto. Vellei. 14) *Si la hija se hace ramera*; mas no basta que haya sido estupro, sino que se requiere que comercie con su cuerpo. Y aun no basta esto, sino que tambien exigen las leyes que sea menor de edad, y que el padre la ofreciese dote, ó haya querido colocarla. Entonces, á la verdad, si prefiere ella la disolucion á la honestidad, con razon se la considera digna de ser desheredada.

§. DXXXI.

Menos son las causas por las cuales pueden ser privados los padres de la herencia, Nov. CXV. 4. c.; pues solo son ocho, y la razon está á la vista; porque siendo mayor la obligacion de los

hijos para con los padres, que no la de estos para con aquellos, tambien deben de ser menores los casos en que pueden mostrarse ingratos los padres respecto de sus hijos. De estas ocho causas, la *primera* coincide con la décima del párrafo anterior; la *segunda* con la tercera; la *tercera* con la undécima; la *cuarta* con la sexta, la *quinta* con la octava; la *sexta* con la séptima; la *séptima* con la novena; solo la *octava* es singular; pues por justa venganza puede el hijo desheredar al padre que dió veneno á la madre de aquel, ó viceversa, desheredar á la madre que atentare contra la vida de su padre.

§. DXXXII.

Restan las causas por las que pueden ser desheredados los *hermanos y hermanas*. A la verdad, pueden ser preteridos sin riesgo, y ni aun es necesaria la desheredacion con tal que no instituyan á persona torpe. Mas si alguno, por ejemplo, instituye heredera á una mujer pública ó alcabuelta, pueden los hermanos y hermanas rescindir el testamento por la queja de inoficioso, á no ser que fuesen desheredados con justa causa. Tales causas justas se hallan en número de tres en la *Nov. XXII. c. 47.* 1) si el hermano asechase contra su vida; 2) si le acusare de algun crimen, y 3) si le perjudicase sobremanera en sus bienes.

§. DXXXIII.

Estas son las causas justas de desheredacion, y se pregunta: *si se admiten otras mas atroces?* Lo cual parece debe negarse, porque Justiniano

116 *Del modo de desh. á los descend.*

quiso que solamente estas bastasen. Asi, por ejemplo, no valdria la desheredacion del hijo porque hubiese cometido un homicidio; pues aunque estos delitos sean atroces, sin embargo, no se hallan entre las causas de desheredacion. Se ha de distinguir, pues, entre las causas *diversas*, aunque mas atroces, y causas del *mismo jénero*: estas se admiten; aquellas de ningun modo. Asi, por ejemplo, porque puedo desheredar á mi padre por haber dado veneno á mi madre, sin duda que valdria lo mismo la desheredacion si matase con una espada á mi madre. De este asunto trató diligentemente Ulp. Hubero en sus *Prael. ad Inst. h. t.*

TITULO XIV.

De la institucion de heredero.

§. DXXXIV.

Dijimos que á la desheredacion era contraria la *institucion de heredero*; de esta se trata en este título: de modo que manifestaremos, 1) quiénes pueden ser instituidos herederos; 2) cómo se divide el as hereditario; 3) de cuántos modos puede hacerse la institucion de heredero.

§. DXXXV. DXXXVI.

Supuesto que la solemnidad interna del testamento consiste en la institucion de heredero, de suerte, que es como cabeza y fundamento del testamento, §. 34. *Inst. de legat.*, se pregunta ante todas cosas: qué es heredero? *Heredero es el sucesor en todos los derechos que tuvo*

el difunto. En cuya definicion se distingue el heredero del *legatario y fideicomisario singular*; pues ninguno de estos sucede en todo el derecho del difunto, sino en una cosa singular, por ejemplo, una casa, un prado, una biblioteca, etc. Por lo cual, no pagando el legatario y fideicomisario ninguna deuda contraida por el difunto, incumbe esta carga solamente al heredero, porque es el sucesor en todos los derechos del difunto, L. 24. *ff. de verb. sign.* Supuesto esta definicion, fácilmente se entenderá la primera cuestion de nuestro título: *quiénes pueden ser instituidos herederos*; lo cual esplicamos con un axioma jeneral derivado de la definicion. *Puede ser instituido heredero todo aquel que puede suceder en los derechos de ciudadano romano al tiempo de hacerse el testamento, de la muerte del testador y de la admision de la herencia.* Nada hay mas claro que este axioma; pues el hacer testamento es derecho quiritarío, esto es, propio de los ciudadanos romanos, y por tanto ninguno puede percibir algo del testamento, sino el que pueda suceder en los derechos del testador como ciudadano romano. Mas deben tenerse presentes tres tiempos para saber si uno puede ser instituido heredero; pues conviene que sea capaz 1) *al tiempo de hacerse el testamento*, 2) *al morir el testador*, 3) *al adir ó admitir la herencia.* No importa que en los tiempos intermedios sea inhabil, L. 49. §. 1. *ff. h. t.*; por ejemplo: mientras Ciceron estaba desterrado, era incapaz de la herencia, ya le instituyese alguno heredero, ya quisiese él testar estando desterrado, ó como tal tratase de adir la herencia: por lo demas, el destierro no hubiera perjudicado á Ci-

ceron si en estos tres tiempos estuviese en la ciudad.

§. DXXXVII.

Venimos ya á las conclusiones que se derivan de este axioma, á saber: I. de aqui se sigue que *tambien los siervos pueden ser instituidos herederos*. Se ha de distinguir, no obstante, entre los siervos propios y ajenos. Los *propios* no son herederos sino con la libertad, porque de otro modo no pueden suceder en el derecho de ciudadano romano. Mas los *ajenos* tambien pueden instituirse sin libertad. Pondrase la objecion que el siervo no puede suceder en el derecho de ciudadanos romanos; pero es fácil la respuesta: los siervos no se instituyen por su persona, sino por la de su dueño; L. 31. *pr. ff. h. t.*; por tanto no adquieren para sí, sino para sus señores, y por eso hasta que estos puedan suceder en todos los derechos de ciudadano romano. No obstante de ser corriente en las leyes, que pueden instituirse los siervos, debe tenerse presente una escepcion en el rescripto de Severo Antonino, *pr. Inst. h. t.*, á saber: *si se sospechase que el siervo habia cometido adulterio con su señora, y esta le nombra heredero, no valdria esta institucion hasta que se diese sentencia en la causa de adulterio*. La razon está á la vista; pues asi se haria libre el siervo heredero, y no podria ser atormentado, esto es, puesto en rigurosa cuestion de tormento, y el delito quedaria impune.

§. DXXXVIII.

Del mismo axioma inferimos II. que solamente los ciudadanos romanos y no los extranjeros

pueden ser instituidos herederos, L. 6. §. 2. ff. *h. t.* Porque cómo podría suceder un extranjero en el derecho de ciudadano romano? No obstante, vulgarmente se cree que está derogado este derecho, por la *Auth. omnes peregrini C. communia de success.* Mas en esta auténtica no establece Federico II que los extranjeros puedan ser instituidos herederos, sino que puedan solamente hacer testamento y dejar sus bienes abintestato á los próximos parientes. Entre tanto, habiendo *Schiltero diss. de jure peregrinor.*, observado muy bien que hay poca diferencia hoy dia entre los extranjeros y nacionales, no es de admirar que tambien aquellos puedan ser instituidos herederos.

§. DXXXIX.

Sigue III. la cuestion de *si pueden ó no las personas inciertas ser instituidas herederas*: ya al §. 523 observamos que antiguamente no podian serlo; pues la institucion de heredero era un *título de honor*: y quién, pregunto, querria honrar una persona desconocida, de que no tiene formada ninguna idea? A la verdad, asi se observaba en tiempo de Plinio, bajo Trajano, como se manifiesta en su *lib. V. ep. 7*, donde espresa: *que era nulo lo que se dejaba á los municipios, no por otra razon que la de ser personas inciertas.* Sin embargo, esta lejislacion fue variando poco á poco, y por derecho nuevo se distingue, *si la persona desconocida puede hacerse cierta despues de la institucion, ó no.* Si de ningun modo puede venirse en conocimiento de ella, es evidente que no vale la institucion de heredero, por ejemplo: si uno nombrase heredero á *Juan*, y entre tantos

miles de Juanes no se sabe de quién hablaba el testador; mas si despues de hecha la institucion puede averiguarse la persona, vale aquella; por ejemplo: *instituyo heredero al que salga cónsul en el próximo año.* §. 26. 27. *Inst. de leg.* Con esto puede ya darse fácilmente la razon de por qué puede dejarse hoy dia la herencia á los pobres, iglesias, ciudades y cualesquiera corporaciones permitidas, esto es, confirmadas por el príncipe, lo cual no podia hacerse antiguamente, segun demostramos claramente en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 3.

§. DXL. DXLI.

Habiendo mostrado hasta aqui, quiénes pueden ser instituidos herederos, toca ahora hacer ver quiénes no pueden serlo. De estos hay dos jéneros; unos están prohibidos *simpliciter*, de suerte que no pueden ser instituidos por nadie y en ningun caso; otros están prohibidos *secundum quid*, de manera que solo en ciertos casos son incapaces. Están prohibidos *simplicite*. 1) *los hijos varones de los reos de estado*, los cuales redujo á tan miserable condicion la terrible L. 5. *C. ad Jul. mai.*, que no solo se les privaba de la herencia paterna y materna, sino que no podian recibir nada de ningun extraño. Y decimos que la prohibicion solo comprendia los hijos varones; pues la condicion de las *hijas* era algo mejor, pudiendo percibir la legítima de sus ascendientes maternos, L. 5. *C. eod.* Tambien están prohibidos *simpliciter* de tomar nada de la herencia 2) *los apóstatas, herejes y judíos*, habiendo ya visto arriba como se debe entender esto. Ultimamente, 3) *nada perciben simpliciter los colejos, y*

cuerpos ilícitos, L. 12 C. h. t. Mas aquí no se llaman colejos ilícitos moralmente los que son contra las buenas costumbres, por ejemplo, los de ladrones, asesinos, etc., sino los que no están confirmados por el príncipe. De aquí es que aunque, por ejemplo, un colejo de músicos no está prohibido moralmente, no obstante no puede dejársele ninguna parte de herencia, porque no está confirmado por el príncipe. Estos eran los incapaces de heredar simpliciter: *secundum quid* no puede ser instituido en ciertos casos 1) el príncipe; cuantas veces se hace por *causa de pleito*, para oponer un rival muy poderoso á sus contrarios; sobre cuyo asunto existe una elegante oracion de los emperadores Severo y Antonino, §. 8. *Inst. quib. mod. test. infirm.*, donde la digna voz de aquel príncipe prorumpe diciendo: *aunque las leyes no nos obligan, sin embargo, vivimos por ellas. Secundum quid* no puede ser instituido 2) el *cónyuge* que casa con la viuda ó viudo si se le deja mas de lo que recibió cada uno de los hijos del primer matrimonio. Es de saber que las segundas nupcias eran odiosas, y por tanto las leyes miraban por los hijos de primer matrimonio, para que no se les privase de los bienes paternos y maternos. 3) Nada pueden percibir entre sí *los padres é hijos incestuosos*; y ni tampoco 4) podian ser instituidos por los padres los hijos *naturales* ó nacidos de concubina, á no ser á falta de hijos y padres legítimos. L. 1. 2. C. de libert. nat. Añadimos 5) que el *adúltero y adúltera* no pueden tomar nada uno de otro. Por tanto, si recíprocamente se dejaban algo, como indignos de ello, lo percibia el fisco, y aun al presente lo hace así, L. 13. ff. de his quae indignis auf.

§. DXLII.

Concluida la primera parte de este título, sigue la otra: *cómo ha de dividir el as hereditario?* La palabra *as* es griega en su oríen, y significa lo mismo que *uno, todo, íntegro é indivisible*. Los romanos solian llamar *as* á toda universalidad: así, por ejemplo, lo que habia de pagarse anualmente con el nombre de réditos, se llamaba *as usurario*; y de aqui es que tambien llamaban *as hereditario* á toda la masa de la herencia. Todo el *as* se dividia tambien por los mismos romanos en doce *onzas*, las cuales desde la primera hasta la última tenian su nombre singular. Pues

1) Si alguno tomaba una onza, ó la duodécima parte de la herencia, se llamaba heredero *en una onza*.

2) Si tomaba dos onzas, ó $\frac{2}{12}$, se decia heredero *en el sestante*.

3) Si tres onzas, ó $\frac{3}{12}$, era heredero *en el cuadrante*.

4) Si cuatro onzas, ó $\frac{4}{12}$, era heredero *en el triente*.

5) Si cinco onzas, ó $\frac{5}{12}$, era heredero *en el quincunce*.

6) Si seis onzas, ó $\frac{6}{12}$, era heredero *en el semisse*.

7) Si siete onzas, ó $\frac{7}{12}$, era heredero *en el septunce*.

8) Si ocho onzas, ó $\frac{8}{12}$, era heredero *en el bes*.

9) Si nueve onzas, ó $\frac{9}{12}$, era heredero *en el dodrante*.

10) Si diez onzas, ó $\frac{10}{12}$, era heredero en el *deunce* ó *destante*.

11) Si once onzas, ó $\frac{11}{12}$, era heredero en el *deunce*.

12) Si doce onzas, ó $\frac{12}{12}$, se llamaba heredero en el *as*.

Estos son los vocablos de las onzas: y *qué sucede si uno no toma entera una onza*, sino, por ejemplo, en $\frac{1}{24}$? Entonces se llama heredero *ex semiuncia*. Y si es instituido en la cuarta parte de una onza, y toma $\frac{1}{48}$? Entonces se llama heredero *ex sicílico*. Hay además otras palabras del mismo jénero, pero que se omiten aquí por ser muy raras en nuestro derecho; pueden leerse dos autores antiguos, *Volusio Meciano*, y *Balbo* acerca del *as*, los cuales reunió en su excelente libro de las antiguas monedas Jo. Fed. Gronovio.

§. DXLIII. DXLIV.

Con estos antecedentes fácilmente se percibirá *cómo se ha de decidir la herencia*, especialmente si el testador ha errado en la distribución del *as*. Es un axioma jeneral *que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as*; pues no pudiendo morir ninguno parte testado y parte intestado, §. 491. 3., y habiendo entre estas dos cosas una repugnancia natural, L. 7. ff. de R. J., es consiguiente que se distribuya entre los herederos todo el *as* hereditario; pues en otro caso la parte sobrante iría á los herederos abintestato, y el testador moriría parte testado y parte intestado. De este axioma se sigue: 1) *que si un heredero ha sido instituido en parte, percibe todo el as*. Por ejemplo: el testador deja treinta mil, é institu-

124 De la institucion de heredero.

ye á Pedro en la mitad, sin nombrar mas heredero; entonces Pedro en lugar de la mitad percibe los treinta mil, L. 1. §. 4. ff. h. t. 2) Se sigue, *que si son muchos los herederos y no se les ha señalado porcion á ninguno, todos perciben partes iguales.* Y por tanto, si el testador instituye seis herederos sin añadir cuanto deben llevar, tomará cada uno cinco mil. Por lo demas se ha de tener presente, *que muchas personas que están juntas, siempre se tienen por una*, L. 11. 13. ff. h. t. Por ejemplo: si el testador de arriba dijese asi: el primero sea heredero, el segundo y el tercero sean herederos, el cuarto, quinto y sexto sean herederos; se harán tres partes, y el primero llevará diez mil, el segundo y tercero cada uno cinco mil, y cada uno de los restantes dos mil quinientos. *De esto se infiere, que si sobra algo del as, acrece á cada heredero á prorata;* por ejemplo; el testador deja cuarenta mil, é instituye al primero en la mitad, y á otro en el cuadrante; restan pues diez mil, que se dividirán entre los dos coherederos, de modo que el primero lleve al doble que el otro. 4) Dedúcese, *que si se distribuyen mas onzas que corresponden, lo que falta se saca á prorata de cada uno de los herederos.* Por ejemplo: el testador deja doce mil, é instituye al primero en la mitad, y al segundo, tercero y cuarto cada uno en el cuadrante; saltando, pues, un cuadrante, debe disminuirse á prorata la parte de los herederos, y por tanto el primero llevará seis mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, el cuarto dos mil, igualmente que si hubiesen sido instituidos en el sestante. 5) De aquí dimana, *que si algunos herederos tienen señalada su parte, y otros no, estos tomarán lo res-*

tante, y si no sobra nada del as, se hará un Dupondio, esto es, se dividirá la herencia en XXIV onzas. Por ejemplo: el testador instituyó al primero en el cuadrante, al segundo en la tercera parte de la herencia, al cuarto y quinto sin porcion espresa, y la masa hereteria es doce mil: el primero tomará tres mil, el segundo cuatro mil, y sobrando cinco mil, se dividirán en porciones iguales entre los demas herederos que no tenían parte señalada. Al contrario, si el testador hubiera dicho: el primero sea heredero en cuatro onzas, el segundo en otras cuatro, el tercero en otras cuatro, y ademas el cuarto sea heredero; entonces tomará el primero dos mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, y el cuarto seis mil.

§. DXLV. DXLVI.

Resta la tercera parte de este título, *de los modos de instituir heredero*. Hácese, pues, la institucion ó *puramente*, ó *bajo condicion*. Y no se hace tambien *hasta cierto dia*, ó *desde tal dia*? No, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado, como si uno dijese; *Juan, sé heredero despues de diez años*; debiendo entonces permanecer la herencia hasta aquel tiempo en los herederos abintestato, lo que no permiten nuestras leyes. Sin embargo, otra cosa se diria si fuesá incierto el dia que se señalase, de manera que no conste si acaso no llegara nunca. Pues semejante dia incierto se tiene por condicion, y por tanto vale la institucion hecha así: *serás heredero el dia que te hagan cónsul*. Pudiéndose hacer bajo condicion la institucion de heredero, se pregunta: *qué es y de cuántas maneras*

426 De la institucion de heredero.

es la condicion? Condicion es la circunstancia por la que se suspende una cosa hasta algun acontecimiento incierto. De donde claramente se manifiesta que no es condicion la que se refiere á cosa pasada; pues cómo ha de ser incierto lo que ya se hizo? No obstante, á veces surte el efecto de condicion, si respecto de nuestra noticia la cosa es incierta; lo cual se verifica frecuentemente en las promesas, por ejemplo: me das cien si está ocupado el puerto de Santander? Dividen los doctores en seguida la condicion en *posible é imposible*; pero esta division es poco cómoda, y ni aun es conforme á la naturaleza de las divisiones; pues condicion es la que suspende el negocio hasta un acontecimiento incierto; y la condicion imposible no es suceso incierto, constando ya que nunca ha de verificarse; por lo demas, prestando alguna utilidad esta division, con razon se la tolera en el derecho.

§. DXLVII.

La condicion posible se subdivide en *potestativa, casual y mixta*; *potestativa* es la que está en nuestra facultad; *casual*, la que pende de la casualidad; *mixta*, la que depende en parte de nuestro arbitrio, y en parte de la suerte: mas si hemos de confesar la verdad, ni aun esta division es exacta; pues apenas puede darse ejemplo de la condicion potestativa en que al mismo tiempo no intervenga la divina Providencia.

§. DXLVIII.

Tambien la condicion *imposible* es de tres maneras; pues ó es imposible por las *leyes* ó bue-

nas costumbres , por ejemplo : sé heredero si matas á tu hermano , ó sales desnudo á la plaza ; ó por *naturaleza* , por ejemplo : sé heredero si bebes todo el rio , ó por la *ambigüedad de palabras* , si de tal manera se repugnan entre sí que la cláusula no puede tener efecto , por ejemplo : si el primero es heredero , séalo el segundo ; siendo heredero el segundo , séalo el primero. Tantas son las especies que hay de condiciones ; y no obstante , puede añadirse una nueva division , á saber ; unas son *afirmativas* , por ejemplo : sé heredero si te casas ; otras son *negativas* , v. gr. , sé heredero si no mudas de relijion. Las últimas tienen de singular que no suspenden la herencia , sino que el instituido puede al punto tomarla dando caucion de restituirla con los réditos luego que vaya contra la condicion. Cuya *caucion* se llama *Muciana* por su inventor Q. Mucio Escévola , L. 7. *pr. ff. de condit. et demonstr.*

§. DXLIX. DL.

Explicadas las divisiones de las condiciones , llegamos ya á las reglas de las mismas. La 1.^a) es , que á los herederos suyos no pueden ponerse mas condiciones que las *potestativas* , L. ult. C. de cond. et dem. La razon es , porque á los herederos suyos la misma ley les ha destinado la herencia , y por tanto no está en el arbitrio del padre hacer mas dura la condicion dal hijo. 2.^a) *El extraño debe cumplir las condiciones posibles , cualesquiera que sean* ; pues el testador está en lugar de lejislador , y por tanto puede dar á su heredero la ley que quiera. Ha de observarse , que si se

imponen al heredero muchas condiciones *copulativamente*, se han de cumplir todas, y si *disyuntivamente* basta que se cumpla una. Por ejemplo, si el testador dice: serás mi heredero si te haces doctor en leyes y te casas con mi hija, se ha de llenar una y otra condicion. Al contrario, si uno dice: te instituyo mi heredero si te casas con mi hermana, ó si te dedicas á la jurisprudencia; es bastante que haga una de las dos cosas. 3.^a) *Si la condicion depende de un tercero, y este tiene la culpa de que no se cumpla, se tiene por satisfecha la condicion.* Asi en el caso de arriba en que se mandó al heredero casarse con la hermana del testador, si ella le da repulsa, recibirá él la herencia igualmente que si se hubiese casado. 4.^a) *La condicion imposible se considera no puesta.* Existe un ejemplo de esto en Petron. *Satyríc. p. 157.*, donde Eumolpo habia instituido herederos de este modo: *todos aquellos á quienes en mi testamento se les deja algo, escepto mis hijos, lo percibirán con la condicion que les impuse, á saber; haciendo pedazos mi cuerpo, y comiéndole á presencia del pueblo.* De aqui es, que los herederos podian percibir sus porciones aunque no comiesen bocado tan delicado. Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contratos, en donde puesta una condicion imposible, no se entiende que no la hay, sino que vicia el contrato, §. 10. *Inst. de inutil. Stipul.* La razon no es oscura; pues el testamento es un acto unilateral, y el heredero nunca consiente en la condicion imposible; lo que no sucede en los contratos, que como actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos. Por tanto, los que consienten en la condicion im-

posible, ó no están en su sano juicio, ó se burlan, y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato. 5.^a) *La condicion ambigua hace que la institucion sea inútil*; pues ya manifestamos arriba al §. 547. que no puede tener efecto. 6.^a) *El heredero no trasmite la herencia á sus herederos mientras no se cumpla la condicion del testador*; porque, cómo ha de poder transmitir lo que él mismo no tuvo? Sin embargo, se observa tambien otra cosa en los contratos, en los que hasta la esperanza pasa á los herederos, §. 4. *Inst. de V. oblig.* Por tanto, si uno, por ejemplo, me instituye heredero para el caso de que la nave vuelva del Asia, y yo muero antes que venga, no recibirán nada mis hijos, aunque llegue felizmente la nave despues de mi muerte. Al contrario, si alguno me promete algo bajo esta condicion, despues de mi muerte debe cumplirse á mis hijos si vuelve la nave.

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

§. DLI.

Signe ya la materia de las *sustituciones*, que en Roma eran frecuentísimas, tanto que no solo instituian segundo heredero para el caso de faltar el primero, sino tambien un tercero, un cuarto y mas. Asi se ve en Suetonio, *Vit. August. c. 101.*; que Augusto instituyó herederos en primer lugar á Tiberio y Livia, en segundo

á Druso Germánico é hijos, y en tercer grado á muchos parientes y amigos. El designio de los testadores era, que si los primeros herederos dejaban la herencia, fuesen herederos los segundos, si los segundos no la querian admitir, la tomasen los terceros; y á esto llamaban *sustituir*. Dos eran las razones de esta sustitucion: *primera*, que por el temor de las deudas los herederos instituidos repudiaban frecuentemente la herencia, lo cual tenian por ignominioso los antiguos: *Segunda*, que los que dejaban hijos impúberes, temian que muriendo dentro de la pubertad quedasen intestados; por lo que se sustituia pupilarmente el que querian heredase.

§. DLII. DLIII. DLIV. DLV.

Con esto fácilmente se entenderán la definicion y divisiones de la institucion. En nuestras leyes se define la *sustitucion*, diciendo: *que es la institucion de segundo heredero para el caso de faltar el primero*; por ejemplo: sea mi heredero Juan; si no lo fuese, séalo Pedro. No obstante, puede añadirse á la definicion, *que tambien puede nombrarse un tercero, un cuarto y mas herederos para el caso de que falten los que preceden*, como ya lo hemos demostrado con el ejemplo del testamento de Augusto. La sustitucion es *directa* ó *fideicomisaria*: la *directa* se hace con palabras directas é imperativas, y la *fideicomisaria* con palabras suplicativas ú oblicuas; por ejemplo: sea mi heredero Juan, y le encargo que si muere sin hijos deje la herencia á Pedro. Mas la *sustitucion fideicomisaria* propiamente no es susti-

tucion; no vulgar, porque aquella se hace para el caso de que no haya heredero; no pupilar, porque en aquella puede tambien sustituirse á los adultos. Sin embargo, está admitida entre los doctores la sustitucion fideicomisaria. De mayor utilidad es la otra division en *vulgar* y *pupilar*. *Vulgar* es cuando un testador sustituye á un heredero para el caso de que no admita la herencia; la *pupilar*, al contrario, es cuando el padre sustituye al hijo impúbero para el caso de que sea heredero y muera antes de salir de la pubertad. Tres son las diferencias entre estas sustituciones; pues 1) vulgarmente pueden sustituir todos los testadores, pupilarmente solo los padres: 2) vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los impúberos: 3) sustituimos vulgarmente para el caso *negativo* de que no haya heredero; pupilarmente en el caso afirmativo de que haya heredero y muera dentro de la pubertad. Ultimamente, se divide la sustitucion en *expresa* y *tácita*; la primera es la que se expresa con palabras; la segunda, cuando bajo la una se comprende la otra; pues siempre bajo la sustitucion pupilar se entiende tácitamente la vulgar, y la vulgar tambien abraza la pupilar si muere impúbero el sustituido vulgarmente, L. 4. ff. h. t.

§. DLVI.

Estas son las divisiones de la sustitucion; ahora se trata en este título *de la vulgar*. Y verificándose esta en el caso de que uno no sea heredero, se pregunta: *se entiende esto cuando uno no quiere ser heredero, ó cuando no puede?* Se res-

ponde que deben observarse aqui dos reglas: 1) *las palabras si no es heredero pertenecen á ambos casos*, que los doctores llaman *caso de voluntad y de impotencia*: 2) *si uno de los dos casos está espreso, bajo él se entiende tambien comprendido el otro*. Por tanto, si por ejemplo, el testador dijere: sea mi heredero Juan, y si no puede séalo Pedro; es igual que si dijese, si no quisiere; lo que segun su costumbre suelen espresar los doctores diciendo, que *el caso de voluntad abraza tambien el caso de impotencia, y viceversa*.

§. DLVII.

Llegamos ya á las conclusiones que nacen de la misma definicion. Dijimos que la sustitucion vulgar es la institucion de segundo heredero, etc.; de donde se sigue 1) *que pueden ser sustituidos herederos los mismos que pueden ser instituidos*. Por tanto, los que son incapaces de heredar tampoco pueden ser sustituidos; por ejemplo: vimos en el título anterior, que los colejos ilícitos no pueden ser instituidos herederos; luego si uno dijese: sea mi heredero Juan, y en su defecto sea sustituto el colejo de música; esta sustitucion manifiestamente es de ningun valor. 2) *Que pueden ser instituidos muchos en lugar de uno, y uno en lugar de otro y en lugar de muchos*; lo que es por sí solo tan claro, que no necesita ejemplos. 3) *Que los mismos herederos pueden sustituirse recíprocamente*; lo cual se hace con esta fórmula: *sean herederos el primero, el segundo y el tercero, y si alguno falta,*

sean sustituidos los restante. Esta sustitucion de los coherederos se llama *recíproca*, *mútua*, y por los doctores *compendiosa*; empero acreciendo comunmente á los coherederos la porcion del que falta, aun sin haber sustitucion, es claro que aquella sustitucion es supérflua las mas de las veces.

§. DLVIII.

En seguida inferimos de la misma definicion, 4) que *en caso de duda se entiende que el sustituto es llamado á la misma parte en que estaba nombrado el instituido*, porque sucede en su lugar: por tanto, si el primero está instituido en el sextante, el segundo, el tercero y cuarto en el cuadrante, el quinto en el sextante, y el sexto sea sustituto del primero, el séptimo del segundo, y asi en seguida; faltando el primero recibirá el sexto el sextante; faltando el segundo, tomará el séptimo el cuadrante, y asi los demas. 5) *La sustitucion vulgar concluye en dos casos*: (1) *si el sustituto muere antes del testador*, y (2) *si el instituido admite la herencia*: asi suelen esplicarse los doctores. Pero Pajenstechero observó el primero, *Aphor. h. t.*, que aun ocurren todavía otros dos casos en nuestras leyes, á saber: (3) *si el heredero fuese contumaz en la admision de la herencia*, Nov. 1. c. 1.: (4) *si el menor admite la herencia y despues consigue la restitucion in integrum*; pues entonces á la verdad se acaba la sustitucion, como nos enseña la L. 7. §. 10. ff. de minoribus.

§. DLVIII (*duplicado*).

Resta la VI conclusion, que esplican asi los jurisconsultos: *el sustituto del sustituto lo es tambien del instituido*, §. 3. *Inst. h. t.* El caso es este: sea heredero el primero; en su defecto séalo el segundo, y á falta de este el tercero: ahora bien, muerto el testador, muere tambien el segundo instituido; el primero repudia la herencia, y por tanto se pregunta: es admitido el tercero? La razon de dudar es, que el tercero no es sustituto del primero, sino del segundo: y no obstante se le admite, porque el sustituto del sustituto es tambien del instituido; pues como advertimos al §. 550, era ignominioso entre los romanos el que no hubiese heredero por testamento; y por tanto se admitian todos los sustitutos para que no se destruyesen los testamentos.

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar.

§. DLIX.

Hasta aqui de la sustitucion vulgar, acerca de la cual ya vimos en el título antecedente en qué se diferencia de la pupilar. Ahora veremos solo la definicion. Sustitucion pupilar es, *quando el padre sustituye á sus hijos constituidos en su potestad, y que no han de entrar en la de otro, para el caso de que mueran dentro de la impubertad.*

Si nos escita la curiosidad sobre el oríjen de esta sustitucion, Vinio, Sechultinjio y otros doctos varones niegan que provenga de la ley de las XII tablas, no obstante que de alli suelen derivar la vulgar. Empero no es dudoso que se equivocaron aquellos esclarecidos varones; pues la ley de las XII tablas dice: *téngase por ley lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes, ó de la tutela de sus cosas*. Ahora bien; ya hemos advertido varias veces que los hijos respecto de sus padres no son personas, sino cosas; (§. 135) luego cuando el padre nombra heredero á su hijo, ó le sustituye, manifiestamente lega ó dispone de sus cosas; y por tanto no puede dudarse que la sustitucion pupilar se deriva de las mismas XII tablas.

§. DLX.

Hemos visto la definicion y el oríjen de esta sustitucion; llegamos ya á los axiomas que nos suministra la definicion, que son tres. I. *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad*. Este axioma es claro desde que la ley de las XII tablas permitió solamente al padre y no al extraño disponer de sus cosas. II. *La causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad ó la impubertad*; pues no pudiendo testar los impúberos, §. 516. 7., creían justo los romanos que testasen en su lugar los padres, cuya razon cesaba desde que el hijo llegaba á la pubertad. III. *La sustitucion pupilar es un doble testamento*, §. 2. *Inst. h. t.* Mas esto debe entenderse bien, pues no es doble por razon de la forma ó de las so-

lemnidades, no requiriendo ciertamente mas que siete testigos; sino por la razon de la materia ó de la institucion de herederos: porque en primer lugar hace el padre testamento y nombra al hijo por heredero; en seguida testa tambien por su hijo, y le señala heredero para el caso de que muera dentro de la pubertad.

§. DLXI.

De cada uno de los axiomas nacen ahora algunas conclusiones; pues siendo el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, §. 560. 1., es consiguiente 1) *que la madre no puede sustituir de este modo*: porque nunca tiene á los hijos bajo su potestad; y si bien nadie niega á la madre el poder sustituir vulgarmente, nunca puede hacerlo pupilarmente. 2) *Tampoco puede el padre sustituir á los hijos emancipados*; pues habiendo estos salido ya de la patria potestad, y siendo esta el fundamento de esta sustitucion, §. 560. 1., es evidente que semejante sustitucion no vale, *pr. Inst. h. t.* 3) *Ni el abuelo puede sustituir pupilarmente á sus nietos que han de recaer en la potestad de su padre*. Pues estos muerto su abuelo no son *sui juris*, y por tanto no puede sucederles otro heredero que el padre. No obstante, por la ley Veleja se estableció, que si el abuelo instituia ó desheredaba á su nieto, tambien le pudiese sustituir pupilarmente, la cual sustitucion se dice que se hace por la fórmula de la ley Veleja, *L. 2. pr. ff. h. t.* 4) *El padre puede sustituir tambien al hijo desheredado*; *L. §. 2. ff. h. t.*; pues el fundamento, como muchas

veces se ha dicho, es la patria potestad, la cual no se acaba con la desheredacion. Podria alguno oponer, que el desheredado no tiene bienes que puedan ir al sustituto; mas aunque no los tenga paternos, puede ser rico con los maternos; y la sustitucion pupilar se estiende á todos los bienes del hijo. 5) *Se concluye la sustitucion, si el hijo viviendo el padre es emancipado, ó despues de la muerte de aquel es arrogado*; pues asi como en el primer caso espira la patria potestad, asi en el segundo ya no es *sui juris*, y por tanto, no puede tener otro sucesor y heredero que su padre.

§. DLXII.

Estas conclusiones nacen del primer axioma. Sigue el otro, á saber: que la causa de esta sustitucion es la imperfeccion de la edad y la impubertad, §. 559. 2. De este axioma, pues, inferimos: 6) *que no se puede sustituir al hijo, sino mientras no llega á la pubertad*, aunque sí por mas breve tiempo. En la L. 21. ff. h. t. se halla este ejemplo de sustitucion: si mi hijo muere antes de diez años, sea heredero Seyo. La razon es, porque llegando á la pubertad el mismo hijo puede hacer testamento, y no es necesario que su padre lo haga por él. Y qué sucede si el padre no obstante sustituye al hijo aun para despues de la pubertad? Es entonces de ningun valor esta sustitucion? Entonces vale como fideicomiso, y por tanto es igual á si el padre encargase al hijo que deje la herencia á Seyo. L. 2. C. de legat. 7) *La sustitucion da fin luego que el hijo llega á la pubertad*; pues nada hay tan natural,

como el que cesando la causa, cese tambien el efecto.

§. DLXIII.

Resta el tercer axioma : la sustitucion pupilar es un doble testamento , §. 560. 3. De él co-
lejimos , 8) *que no puede el padre sustituir al hijo , ó testar por él , no haciendo antes testamen-
to*, L. 2. §. 4. ff. h. t. ; porque cómo podria en-
tenderse sustitucion , sin preceder institucion ? 9) *El sustituto percibe todos los bienes del impúbero ,
ya sean paternos ó maternos ;* pues ya advertimos
antes que la sustitucion se estiende á todos los
bienes del hijo. Por tanto , si todavía vive la
madre no recibe ni aun la legítima , ni puede en-
tablar la queja de testamento inoficioso , porque
no ha sido escluida por el hijo , sino por el pa-
dre , el cual no está obligado á dar legítima á la
mujer , L. 8. §. 15. ff. de inoff. test. La mayor
parte de los doctores parece que advierten aquí
algo de injusticia ; lo que ha sido causa que en
los tribunales , no obstante el derecho romano ,
se adjudique en este caso la legítima á la madre.
Véase Zoesio, *Comment. ad ff. h. t. §. 50. 10.)*
*Destruído el testamento del padre tambien se inva-
lida la sustitucion pupilar ;* pues la sustitucion
es consecuencia del testamento paterno , y como
una cosa accesoria de este , y lo accesorio sigue
á su principal.

§. DLXIV. DLXV. DLXVI.

En el Dijesto solamente se conocieron estas

dos especies de sustitucion vulgar y pupilar; mas despues se añadió otra nueva inventada por Justiniano en la L. 9. *C. de impuber. et aliis subst.*, por lo cual se llama *Justinianeá*, y tambien *ejemplar* y *cuasi pupilar*. Se diferencia esta de la pupilar en lo siguiente: (1) *La pupilar se hace con los impúberos*; la *cuasi pupilar con los furiosos, mentecatos, pródigos y sordo mudos*, aunque sean púberos: la pupilar se hace solo por el padre; esta por todos los ascendientes: (3) pupilarmente se sustituye tambien á los desheredados; cuasi pupilarmente solo á los instituidos herederos: (4) pupilarmente podemos nombrar sustituto á cualquiera aunque sea extraño; cuasi pupilarmente, en primer lugar á los hijos de los furiosos, ó en su defecto á los hermanos, y no habiendo estos á cualquiera: (5) la sustitucion pupilar espira con la pubertad; la cuasi pupilar cesando el furor ó el vicio del entendimiento ó del cuerpo.

§. DLXVII.

Ultimamente viene la sustitucion *militar*, que tambien llaman los doctores *privilejiada*; pues asi como, segun manifestamos arriba al §. 502., los militares estaban dispensados de todas las solemnidades internas y externas, del mismo modo podian sustituir á su autojo. Por consiguiente, tambien pueden sustituir á sus hijos para despues de llegada la pubertad; y aun pueden sustituir á los extraños en caso de ser estos herederos; todo lo cual no es permitido á los paisanos, segun arriba dejamos demostrado.



LIBRO SEGUNDO.

TITULO XVII.

De qué modos se invalidan los testamentos.

§. DLXVIII.

DESPUES de sentada una doctrina , siempre sigue Justiniano en las instituciones el buen orden de presentar luego su contraria. Por tanto , habiéndose tratado hasta aqui de los modos de hacer testamento , corresponde ahora ver como se invalida. Sobre este punto tienen los jurisconsultos el mayor cuidado en distinguir los vocablos. Pues unos testamentos se dicen *nulos* , otros *injustos* , otros *rotos* , otros *irritos* , otros *destituidos* , y otros por último *rescindidos* : los cuales no deben confundirse entre sí , segun se verá por lo que hablaremos de cada uno de ellos.

§: DLXIX.

En primer lugar unos testamentos son en sí mismos *nulos* , lo cual sucede por dos causas. 1) *Si ha faltado algo en la institucion de heredero;*

442 De qué modos se invalidan los test.

por ejemplo : si no se ha instituido heredero , ó se han omitido los hijos, etc. 2) Si el que hace testamento es *incapaz*, y no puede hacerlo por las leyes, por ejemplo, si es impúbere ó hijo de familias, L. 1. ff. h. t. Luego toda nulidad proviene ó de la persona del testador, ó de vicio acerca de la solemnidad interna, esto es, la institucion de heredero.

§. DLXX. DLXXI.

Se llama *injusto* el testamento que no se ha hecho legalmente, esto es, en que se han omitido las solemnidades internas, ó como se llaman en la L. 1. ff. h. t., las solemnidades del derecho; v. gr. si no se han reunido sino cuatro testigos, ó no se ha hecho el testamento en un solo acto, ó se ha omitido otra cosa semejante. Estos testamentos son nulos é injustos, y de tal modo se invalidan, que no solamente no tiene efecto la institucion de heredero, sino que tambien se desvanecen los demas capitulos del testamento, como legados, fideicomisos, donaciones por causa de muerte, igualmente que si el testador hubiese muerto intestado. Sin embargo, á veces sucede que los testamentos injustos se sostienen por la cláusula codicilar : *si mi testamento no vale como testamento, valga como codicilo, ó de cualquier otro modo que pueda valer*. Pues por esta fórmula se hacen del testamento un codicilo, y de la institucion de heredero un fideicomiso, con tal que hayan suscrito cinco testigos. Sobre esto hablaremos mas largo en el §. 686 y sig.

§. DLXXII. DLXXIII. DLXXIV.

En tercer lugar *se rompe* á veces el testamento; lo que se hace de dos modos: 1) por el nacimiento del póstumo, y 2) por un testamento perfecto y posterior. *El nacimiento del póstumo* es de dos maneras, ó *natural* ó *civil*. *Natural*, cuando despues de hecho el testamento nace un hijo ó hija del testador, vivo ó muerto. Pues si no se ha hecho mencion de él en el testamento, con su nacimiento se rompe al punto aquel. El *civil*, cuando el testador arroga ó legitima alguno despues de hecho testamento. Pues tambien los que entran en la potestad del testador y son preferidos en el testamento, al momento le rompen. Por el *testamento posterior* se rompe igualmente el primero, con tal que aquel sea perfecto en todo. Lo cual es tan verdadero, que aunque el primero tuviese la cláusula derogatoria: *si despues hiciese otro testamento, quiero que no tenga fuerza y que valga este siempre*, no obstante, se rompe el primero por el último, L. 27. C. de test., sin que deje de observarse esta regla, aunque en el primer testamento jurase el testador que nunca le mudará. Pues aunque comete perjurio, sin embargo, no subsiste el primer testamento si se hace otro posterior. Porque es jeneral la regla de que: *ninguno puede imponerse á sí mismo una ley, de que no pueda apartarse*. L. 22. ff. de legat. 3.; ó como de otro modo dicen los juriscónsultos: la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte. L. 4. ff. de adim. 1. transfer. legatis. La razon es porque la testamentifac-

144 *De qué modos se invalidan los test.*

cion es un acto unilateral, y el cual, no produciendo derecho á favor de nadie, nada impide tampoco el que se mude, al contrario de lo que sucede en los contratos. Pero se pregunta: si el testador no hizo nuevo testamento, sino que solamente declaró á presencia de algunos que queria que no valiese el primero, se rompe entonces el testamento? Se responde: sola esta declaracion no rompe el primer testamento, á no ser que esten presentes tres testigos, y pasen diez años desde esta revocacion. L. 27. *C. de test.* Pues no siendo nada tan natural, como que una cosa se desate del mismo modo que se unió, L. 35. *ff. de R. J.*, era inconsigniente revocar sin solemnidades un testamento solemne. Otra cosa se diria si el testador cortase, rompiese, borrarse ó arrancase los signos del testamento que hubiese hecho. Pues entonces sin ninguna solemnidad se invalida, y en un sentido muy propio se rompe. Por lo demas, en todos estos casos se destruye todo el testamento y todos sus capítulos. No obstante, en tres casos puede sostenerse aquel: 1) si el testador declarase en el último testamento querer que valiese tambien el primero. En cuyo caso vale el primero como fideicomiso, igualmente que si hubiese encargado al heredero instituido en el último testamento, que restituya la herencia á los herederos nombrados en el primero, §. 3. *Inst.* §. t. 2.) Si el póstumo que rompió el testamento muere viviendo el testador. Pues entonces, apartado el impedimento, da el pretor la posesion de los bienes segun el testamento, L. 12. *ff.* §. t. 3) Si el testador hace pedazos el segundo testamento y deja el primero.

Pues aunque en este caso este *ipso jure* roto el testamento, sin embargo, el pretor tambien da la posesion de los bienes segun el testamento, L. 11. §. 2. ff. de bonor. poss. sec. tab.

§. DLXXV. DLXXVI.

En cuarto lugar, se llama *irrito* el testamento cuando muda el estado del testador, esto es, cuando sufre la *capitis diminucion* máxima, media ó mínima, §. 4. *Inst. h. t.* Pues en todos estos casos vuelve el negocio á un estado de donde no puede empezar. Porque por la *capitis diminucion* máxima se hace el testador siervo, por la media extranjero, y por la mínima hijo de familia; y ni el siervo, ni el extranjero, ni el hijo de familias pueden hacer testamento. Sin embargo, aunque el testamento irrito se destruye manifestamente, no obstante socorre el pretor á los instituidos herederos, con tal que el testador sea hábil segunda vez al tiempo de su muerte. Supongamos que Ciceron antes del destierro habia hecho testamento; ciertamente que este por el destierro se hacia irrito. No obstante, siendo poco despues restituido *in integrum*, y muriendo como ciudadano romano, el pretor podia en virtud de su testamento irrito dar la posesion de los bienes segun el testamento, §. 6. *Inst. h. t.*

§. DLXXVII.

En quinto lugar, ciertos testamentos se llaman *destituidos*, siempre que el heredero instituido ó no quiere, ó no puede aceptar la herencia,

146 *De que modos se invalidan los test.*

y por tanto no existe ningun heredero por testamento. Pues entonces ello mismo lo dice, que el asunto viene á parar al caso de intestado, y por tanto que se destruye todo el testamento, §. 6. *Inst. de hered. qui ab intest.* Lo primero, á saber: cuando repudiaba el heredero el testamento, sucedia muchas veces por temor de las deudas. Mas hoy dia acontece rara vez despues que se estableció el *beneficio de inventario*, pues ciertamente hoy dia nadie está obligado mas que hasta donde alcanza la herencia, con tal que haga inventario, del cual hablaremos abajo en el §. 599.

§. DLXXVIII.

Ultimamente, en sexto lugar se dice que algunos testamentos se rescinden; lo cual se hace por la *queja de inoficioso testamento*, de la que trataremos esprofeso en el título siguiente.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

§. DLXXIX.

Habiendo dicho que el testamento se rescinde por la *queja de inoficioso testamento*, se tratará ahora de ella con algun esmero. Y ciertamente, al instante ocurre una interesante cuestion acerca del oríjen de dicha queja; sobre lo cual no están de acuerdo varios ilustres autores. Francisco Duareno, *praelect. ad.* §. 1. C. 2, juzga que se

deriva de las constituciones de los príncipes. Pero claramente se engaña, no solo por hacer Ciceron varias veces mencion de esta queja en tiempo de la república libre, sino tambien por referir Valer. Max. L. 7. C. 7. §. 5, que esta accion fue establecida el año 682 de la fundacion de Roma, por el pretor Calpurnio. Ni se equivoca menos Pedro Piteo en sus notas *ad collationem. leg. Mosaic. et Romanar. Tit. 16. §. 3.*, pues cree que fue introducida esta queja por el pretor. Lo contradice la L. 6. *pr. ff. de bonor. poses. contr. tabb.*, donde espresamente se dice, *que el pretor no ausiliaba á los desheredados*. Es singular la conjetura de Jacobo Cujacio, que opina que esta queja fue introducida por la ley Glicia. Mas tambien la hemos destruido en nuestras *Ant. Rom. h. t. §. 5*. Por lo cual es fuera de toda duda que los autores de esta queja fueron los jurisconsultos, quienes viendo que muchas veces desheredaban los padres á sus hijos sin justa causa, y sabiendo que los furiosos y mentecatos no podian hacer testamento, finjieron que semejante testador no estaba en su sano juicio; probándolo con el hecho de desheredar ú omitir á los hijos que no se habian hecho acreedores á ello.

§. DLXXX.

Asi que, aquella accion por la cual los hijos injustamente desheredados rescindian el testamento de los padres, se llama con el nombre particular de *queja de inoficioso testamento*; de cuya denominacion igualmente se ha de dar razon. Es

de saber, que así como se decía que los extraños *entablaban acciones entre sí*, así los parientes solamente se *quejaban*. Por tanto, no compitiendo este remedio sino á los parientes contra los testamentos de sus parientes, no se llamaba *esto acción*, sino *queja*; como ya observó *Voss. Inst. Orat. l. 1. C. 6. §. 2.* Se dice *inoficioso* de la palabra *oficio*. Pues ya habia observado Séneca 1. 3. *de benef. C. 18.*, que los romanos distinguian con cuidado el *oficio*, *beneficio* y *servicio*: el *beneficio* se prestaba por los extraños, el *servicio* por los que están en nuestra potestad; últimamente, el *oficio* por los parientes. Por tanto de aquí colejian los jurisconsultos, que pertenecia al *oficio* de los parientes el instituirse herederos recíprocamente al morir. Por lo cual, si uno no lo hacia, se decía que habia obrado contra el *oficio*, y por tanto que su testamento era *inoficioso*.

§. DLXXXI.

Esto supuesto, fácilmente se entenderá la definición de esta *queja*. Pues no es otra cosa que una especie de *petición* de la herencia, por la cual los injustamente *desheredados*, y á veces tambien los *omitidos*, obran contra los herederos instituidos en el testamento para rescindir este, y ser admitidos ellos á la herencia *abintestato*. Y se pregunta: quiénes pueden interponer esta *queja*? Antiguamente se estendia tanto este remedio, que hasta los amigos rescindian los testamentos de los amigos, como lo demuestran los ejemplos que se hallen en *Val. M. L. 7. C. 7.* Empero hoy dia la cosa es muy distinta, y muy

atinadamente aconseja Ulpiano, l. 1. ff. h. t., que los parientes mas remotos que los hermanos harán mejor en no arruinarse con gastos infructuosos, no teniendo ninguna esperanza de conseguir su intento. Por tanto hoy dia se observa esta regla: todos aquellos á quienes se debe la porcion legítima pueden tambien quejarse del testamento inoficioso. Ahora bien; habiendo enseñado arriba al §. 527, que la porcion legítima se debe á los hijos, padres y hermanos de parte de madre ó padre, si á estos se les prefiere persona torpe, es consiguiente que solamente estos pueden tambien entablar la queja de testamento inoficioso.

§. DLXXXII.

Sin embargo, no siendo necesaria siempre esta queja, por el contrario, bastando á veces otros remedios, se pregunta: en qué casos hace falta? Aqui observamos: 1) que no es necesario este remedio cuando son omitidos los hijos, ó desheredados injustamente. Pues arriba vimos que semejante testamento era nulo *ipso jure*; y lo que es nulo no puede rescindirse. Por lo que mejor establecen los hijos en este caso la queja de nulidad, por la cual se destruye todo el testamento. 2) Tampoco necesitan de aquella queja los que han sido instituidos herederos en una pequeña parte. Pues (a) de estos no puede decirse que han sido omitidos ni desheredados. (b) Como hemos visto al §. 545. 3. los que han sido instituidos en pequeña parte, tienen la accion *in factum expletoria* para completar la legítima.

L. 3. C. h. t. 3.) Luego hoy dia hay tres casos en que puede interponerse esta queja. (a) Si la desheredacion se ha hecho, sí, con justa causa, mas el desheredado, sin embargo, niega que sea verdadera; en cuyo caso corresponde la prueba al instituido heredero. Por ejemplo: el padre deshereda al hijo porque este le azotó, y el hijo niega haberlo hecho; ciertamente que si entouces el instituido heredero no puede probar el hecho, se rescinde el testamento como inoficioso. (b) Si los padres son omitidos por los hijos, ó los hijos y nietos por la madre ó abuelo materno, ó si tambien á los hermanos y hermanas es preferida persona torpe. Pues todos estos, no pudiendo usar de ningun otro remedio, rescinden con esta queja el testamento. (c) Si la causa de la desheredacion fuese á la verdad justa, pero no estuviese éspresa en el testamento. Por ejemplo, si el padre dijese: desheredo á mi hijo por cierta causa, entonces bien puede el hijo rescindir el testamento por esta queja.

§. DLXXXIII. DLXXXIV.

Faltan dos cuestiones: *primera*, cuándo cesa esta queja; *segunda*, qué efecto tiene. En cuanto á lo primero ha de saberse que esta accion es muy odiosa, porque muchos creian que los hijos faltaban á la reverencia de los padres, negando que estaban en su sano juicio. De aqui es que cesaba, 1) siempre que habia á la mano otro remedio. 2) Si el desheredado moria antes de entablar la accion. Pues no competia á los herederos, á no scr que ya estuviese preparada, esto es, de-

ducida en el tribunal. 3) Pasados cinco años, pues no duraba mas esta accion tan odiosa. 4) Si el desheredado aprobase el testamento del difunto de cualquier modo, ya espresa, ya tácitamente, ó con su nombre, ó con el ajeno, con tal que no lo haga por necesidad. Asi, por ejemplo, si el hijo desheredado se presentase en juicio como procurador del legatario, y reconociese el legado dejado á su cliente, no puede despues quejarse del testamento como inoficioso. Mas si lo hiciese como tutor á nombre del pupilo, puede con razon entablar esta queja, porque aquello lo hacia por necesidad en virtud de su oficio. Por último, respecto del efecto de esta queja, antiguamente se destruia todo el testamento, y todos sus capítulos si se rescindía; pero alteró esto Justiniano por la *Nov. CXV. C. 3*, y estableció que rescindido el testamento solo se invalidase la institucion de heredero, y quedasen en su vigor todos los demas capítulos del testamento, como legados, fideicomisos, nombramientos de tutores. Una escepcion se ha de tener presente, si el hermano ó hermana dicen que el testamento es inoficioso por habérseles preferido persona torpe. Pues entonces si triunfan, se destruye todo el testamento por la *Nov. XXIII. c. 47*, donde en nada se mudó el derecho antiguo acerca de la queja de los hermanos y hermanas.

TITULO XIX.

De la cualidad y diferencia de los herederos.

§. DLXXXV. DLXXXVI.

Vimos arriba que los testadores tienen ámplia facultad de instituir los herederos que quisieren. Sin embargo, no todos los herederos son de un mismo jénero; por tanto se pregunta en este título: 1) de cuántas maneras son los herederos? 2) Cómo adquieren ó repudian la herencia? En cuanto á la primera pregunta, los herederos se distinguen en *necesarios*, *suyos y necesarios*, y *voluntarios ó estraños*. *Necesarios* se dicen aquellos que están obligados á ser herederos, quieran ó no quieran: *suyos y necesarios*, los que el testador está obligado á instituir herederos ó desheredarlos, y nombrados tambien ellos tienen que serlo: *voluntarios ó estraños*: los que tienen libertad de aceptar ó no la herencia. La razon de esta diferencia se ha de traer de mas atras. Dijimos arriba que el testador está en el lugar de lejislador, y que el testamento es á modo de ley. Ahora bien; el lejislador puedē obligar con su ley á los súbditos, y no á los estraños. Por tanto, tambien el testador puede obligar con su testamento á los siervos é hijos constituidos dentro de su potestad á que sean sus herederos, mas no á los estraños. Y de aqui es, que aquellos son herederos necesarios, ó suyos y necesarios, y estos voluntarios.

§. DLXXXVII.

Los siervos propios, ya instituidos con libertad ó sin ella, son herederos *necesarios*. Pues aunque esté nombrado heredero sin libertad, no obstante, se presume que se le ha dado esta en la misma institucion, porque el que quiere el efecto tambien parece que quiere la causa, §. 536. Asi que, si uno hubiese nombrado heredero á un siervo propio, no estaria en su arbitrio el aceptar ó repudiar la herencia, sino que necesariamente tenia que aceptarla, ó por mejor decir, sin la aceptacion era heredero *ipso jure*. La razon de esta disposicion legal era que muchas veces los señores, oprimidos de deudas, instituian heredero á un siervo para que se vendiesen los bienes bajo el nombre de él, y no del señor, y recayese de este modo la ignominia sobre el siervo. Véase el §. 1. *Inst. qui et ex quibus causs. manum. non pos.*

§. DLXXXVIII.

Herederos *suyos y necesarios* son los hijos constituidos á la muerte del testador bajo su potestad, y que no han de recaer en la de otro. Se llaman *suyos*, en parte porque aun vivo el padre en cierto modo eran dueños de todas las cosas, y ya porque estaban constituidos en la potestad y dominio Quiritario de los padres; como observó muy bien el ilustre Anton. Shculding, *ad Cai. Inst. L. 2. tit. 3. §. 6. p. 106*. Se llaman los mismos *necesarios*, porque igualmente que los siervos estaban obligados á ser herederos contra su

154 De las cualid. y diferenc. de los her.

voluntad, §. 7. *Inst. h. t.* Empero pareciendo duro que los hijos fuesen obligados á ser herederos, dejando muchas veces el padre mas deudas que bienes, el pretor les concedió el beneficio de abstenerse, para que si quisiesen pudieran repudiar la herencia. Pero distinguia el pretor entre los hijos púberos é impúberos. A estos les quedaba salvo este beneficio, ya se mezclasen ó no en la herencia; pero á aquellos solo se concedia este beneficio cuando no se hubiesen mezclado en ella, §. 2. *Inst. h. t.*

§. DLXXXIX. DXC.

Y aunque hoy dia son los hijos herederos voluntarios, todavía hay respecto de ellos algo de singular. Pues 1) los hijos *no aceptan* la herencia como los estraños, sino que son herederos *ipso jure*. 2) De los estraños se dice que *obran como herederos*, de los hijos *que se mezclan en la herencia*. 3) Los estraños *repudian* la herencia, los hijos se *abstienen* de ella; cuyas palabras distinguen cuidadosamente nuestros jurisconsultos. 4) Los estraños no transmiten á sus herederos la herencia que aun no han aceptado; mas los hijos, como son herederos *ipso jure*, al punto la transmiten.

§. DXCI. DXCII.

Hemos hablado de las dos primeras especies de herederos; siguen los *voluntarios*, que son todos los que no están en el dominio ni en la patria potestad del testador. Teniendo, pues, estos el arbitrio de ser ó no herederos, se pregunta: 1)

cómo adquieren la herencia? 2) cómo la repudian? A la primera pregunta respondemos, que los extraños adquieren la herencia ó *de palabra*, ó *con hechos*. Si declaran de palabra que quieren ser herederos, se llama *aceptacion de la herencia*: si de hecho administran las cosas de la herencia, cultivando los campos, dando el dinero á intereses, etc., se dice *gestion de heredero*. Pero no obstante debe mirarse esto con cuidado. Pues si el instituido heredero hace lo que acostumbran hacer los herederos, pero añade sin embargo la protesta de que no lo hace con ánimo de ser heredero, se le reputará mas bien como *ajente de negocios*, L. 20. *pr. ff. de adqu. l. omitt. hered.* Estos son los dos modos de adquirir la herencia; ahora trataremos de cada uno de ellos esprofeso.

§. DXCIII. — DXCVI.

Aceptacion es un acto lejítimo por el cual el instituido heredero declara su voluntad de tomar la herencia, la cual adquiere por el mismo hecho. De esta definicion nacen tres axiomas: 1) La aceptacion es declaracion de la voluntad. 2) Es acto lejítimo. 3) La herencia se adquiere por la aceptacion. Del primer axioma se derivan las siguientes conclusiones: (1) los furiosos, mentecatos y niños no pueden aceptar la herencia; porque, cómo han de declarar su voluntad los que no saben lo que se hacen? No obstante, para que no se priven de la herencia asi abandonada, pueden aceptarla por ellos sus padres, tutores y curadores. (2) Los pupilos mayores de la infancia pueden aceptar para sí la herencia con tal que interponga

156 *De las cualid. y diferenc. de los her.*

su autoridad el tutor. La razon porque es necesaria la autoridad del tutor, no obstante que hacen mejor su condicion, ya la dimos al §. 252., á saber; porque la aceptacion de la herencia era un acto solemne que no podia esplicarse nunca sin autoridad del tutor, L. 19. *ff. de auct. tut* (3) Los hijos de familia no pueden aceptar la herencia sin el mandato de sus padres. Pues adquiriendo los hijos por derecho antiguo la herencia para sus padres, nada mas justo que el que tambien ellos consintieran. Empero esto se mudó por Derecho nuevo, de manera que si el padre sin razon se opone, puede tambien el hijo aceptarla contra la voluntad de aquel, y entonces tiene la herencia como peculio estraordinario (§. 481. 1.), L. ult. C. de bon. quae lib. (4) La adiccion debe hacerse sin fuerza ni coaccion, puesto que es una declaracion de la voluntad, la cual debe ser espontánea, y no arrancada por fuerza ó miedo, pues nada hay mas contrario al consentimiento, L. 116. *pr. ff. de R. J.* (5) Se ha de aceptar toda la herencia, y no parte de ella. Pues de otro modo sucederia que moria uno parte testado, y parte intestado; lo que hemos advertido varias veces que no puede ser. (6) Adquirimos ciertamente la herencia aceptada en cuanto al dominio, y no respecto de la posesion. Pues esta es de tal naturaleza, que no se adquiere solamente con el ánimo, sino con el ánimo y cuerpo juntamente. Luego tampoco basta que declare el heredero que quiere serlo, sino que ademas debe tomar posesion de los bienes hereditarios con algun acto corporal, L. 23. *pr. ff. de adqu. vel. omit. hered.* Estas conclusiones provienen del primer axioma. Sigue

el otro, que la aceptacion de la herencia es un acto lejítimo, L. 77. ff. de R. J. De él se sigue (7) que la aceptacion de la herencia no puede hacerse por procurador, ni condicionalmente, ni desde cierto dia, ni hasta tal dia. Pues como manifestamos al §. 70, los actos lejítimos no admiten ninguna de estas cosas. Sigue el *tercer* axioma: la herencia se adquiere por la aceptacion. Y de él se infiere, (8) que antes de aceptarse la herencia no se transmite á los herederos. Pues al heredero no pasa sino lo que tuvo el difunto: antes de la aceptacion no tuvo aun el heredero la herencia, sino la esperanza; y la esperanza, si bien se trasmite á los herederos en los contratos, no es lo mismo en las últimas voluntades, §. 539. 4. (9) Aceptada la herencia, sucede el heredero en todos los derechos y obligaciones del difunto, y por tanto está obligado á pagar todas las deudas, aunque no pueda cubrirlas la herencia. Y de aqui es, que si muchos son coherederos, cada uno paga las deudas á prorata, aunque quizá lo hagan con gran detrimento. Siendo lo cual muy duro, se inventaron poco despues algunos beneficios, de que se tratará en los §§. siguientes. (10) La aceptacion de la herencia es al mismo tiempo un cuasi contrato, §. 5. *Inst. de oblig. quae cuasi ex contract. nasc.* Pues del que acepta la herencia se presume que se obliga á los legatarios y fideicomisarios, y que quiere prestar y cumplir lo que contiene el testamento. Por lo que tambien tienen estos contra el heredero la accion de testamento para que pague los legados y fideicomisos, §. 986.

§. DXCVII. DXCVIII.

Siendo tan dura la condicion del heredero que estaba obligado á pagar todas las deudas del difunto, se inventaron, como dijimos, ciertos beneficios de que pudiese usar, á saber; el *derecho de deliberar*, y el *beneficio de inventario*. *Derecho de deliberar* es el tiempo concedido por la ley al heredero para que indague si la herencia tiene mas bienes que deudas, y al mismo tiempo pueda determinar si le conviene aceptar ó repudiar la herencia. Este espacio no es siempre de una misma duracion. Pues ó los acreedores instan por el pago, ó no hay quien estreche. En el último caso tiene el heredero treinta años, dentro de los que puede deliberar, pues otro tanto tiempo dura la peticion de la herencia. Y en el primer caso, ó se concede el espacio de deliberar por el príncipe, ó por el majistrado. Si por el príncipe, es de un año; si por el majistrado, de nueve meses, *L. ult. §. 13. C. de jur. delib.* Empero en el dia no es frecuente el uso de este beneficio, porque es mucho mas ventajoso el otro, por el cual puede cualquiera sin ningun peligro aceptar al punto la herencia.

§. DXCIX.

Este otro beneficio de *inventario* fue escojitado por nuestro Justiniano, *L. ult. C. de jur. delib.* Y aqui hemos de examinar el modo de hacer este inventario, y cual sea su efecto. El *modo* de hacer el inventario (ó como de otro modo se lla-

ma en el derecho *repertorio*) está prescrito aquí por Justiniano, que dispone: 1) que se empiece dentro de treinta dias desde el de la noticia, estando admitido en todas partes que al momento de morir el testador se selle todo por la autoridad pública, para que no pueda quitarse nada en tanto que no se haga el inventario. 2) Que se perfeccione dentro de sesenta dias, ó si la herencia es muy cuantiosa dentro de un año, para que así los acreedores no tengan que esperar mas tiempo. 3) Que intervengan escribanos ó notarios que formen un índice de todos los bienes de la herencia. 4) Que sean citados todos los interesados, como legatarios y coherederos ausentes. 5) Que si no pueden estar presentes, concurren á lo menos tres testigos fidedignos. 6) Que concluido el inventario, espresé el heredero la suma, y lo firme; ó si no sabe, que lo mande hacer al escribano. Observados estos requisitos, son varios los *efectos* del inventario, como 1) que el heredero no está obligado á pagar las deudas mas de lo que alcance la herencia: 2) que se impide la confusion de bienes; y por tanto, 3) tambien puede el heredero pagarse á sí mismo, si le debia algo el difunto: 4) que si no hay dinero en la herencia, pueda el heredero pagar á los acreedores con prados, casas y muebles, aunque ellos no quieran; todo lo que no pueden hacer los que no hayan formado inventario.

§. DC.

Hasta aquí de la aceptacion de la herencia. Mas pudiéndose tambien repudiarla á su antojo, se

160 De las cualid. y diferenc. de los her.

hablará igualmente de la repudacion. Se hace asimismo por *palabras*, ó por *hechos*: por palabras, si declarase el instituido heredero, que no quiere ser heredero; con hechos, si permite que se pase el tiempo de deliberar sin aceptar la herencia, ni obrar como heredero. Y debe observarse que no hay aqui lugar al arrepentimiento. Por lo que, el que una vez acepta la herencia no puede despues repudiarla, á no ser menor, á quien, cuando se le ha perjudicado, da el pretor la restitucion *in integrum*, L. 7. §. 10. ff. de *minoribus*. Ni el que una vez repudió la herencia puede en seguida aceptarla, porque repudiada al instante adquieren los herederos abintestato un derecho que no se les puede quitar contra su voluntad.]

TITULO XX.

De los legados.

§. DCI. DCII.

Justiniano se aparta aqui por un momento del órden que se habia propuesto; pues siendo los modos de adquirir, de que se está tratando, ó *universales* ó *singulares*, y habiéndose empezado á hablar ya de los universales, esto es, de la *herencia*, pedia ahora el órden que se esplicasen los demas modos universales de adquirir. Pero destinando estos para el principio del libro III., mezcla aqui la doctrina de los *legados*, sin embargo de ser de un modo singular de adquirir.

No obstante, seguiremos el orden del emperador. Ante todas cosas se pregunta: qué es *legado*? Modestino en la L. 36. *ff. de legat.* 2., le define diciendo: que es una donacion dejada en el testamento, y Justiniano, *pr. Inst. h. t.*, dice: que es cierta donacion dejada por el difunto, y que debe cumplir el heredero. Mas ni una ni otra definicion se ha de seguir. Pues 1) la donacion es un pacto que no puede subsistir sin el consentimiento de uno y otro; y el legado es una liberalidad unilateral que se hace aun ignorándolo el legatario. 2) Es falso que tenga siempre el heredero que cumplir el legado. Pues puede tambien imponerse al legatario la obligacion de que preste un legado. Siendo por tanto falsas una y otra definicion, se describirá mejor el legado, L. 166. *ff. de legat.*, diciendo, que es una porcion de la herencia que el testador quiere con palabras directas que se dé á alguno, la cual en otro caso seria del heredero. Si alguno pregunta: en qué se diferencian el legado y fideicomiso, no es difícil la respuesta en virtud de esta definicion. Pues 1) los fideicomisos se dejaban con palabras suplicativas, y los legados con palabras directas, esto es, imperativas. De donde tambien toma nombre el legado; porque ciertamente, *legar* es disponer á modo de ley, mandar, ordenar, como observó Ulpiano, *Fragm. tit. 24. §. 1.* Existe un ejemplo en Plauto, *Cas. Act. I. sc. I. v. 12.*, donde se lee:

*Quin potius id, quod tibi legatum est, negotium,
Id curas.*

Tambien se llamaban *legados* los que se enviaban á los extranjeros con órdenes; y *relegados*, los que por la ley de la ciudad eran mandados salir de ella, ó de la provincia. Por lo que del mismo vocablo se deduce, que los legados se deben dejar con palabras imperativas. 2) Antiguamente se diferenciaban ademas los legados y fideicomisos, en que estos se podian dejar aun en los codicilos no confirmados por testamento, y aquellos solamente en los confirmados por testamento. Aparece no solo de Ulpiano, *Fragm. tit. 25. §. 3. 8.*, sino tambien del memorable pasaje de Plinio, *Lib. 11. ep. 16.*, donde dice elegantemente: aun los mas ignorantes saben que los codicilos no confirmados por testamento se tienen por no escritos. 3) Los fideicomisos se podian dejar tambien en griego: los legados solamente en latin, que era la verdadera lengua del lejislador Ulp., *Tit. 25. §. 8. 9.* 4) Los legados se interpretaban estrictamente, los fideicomisos con mas amplitud. Tantas eran las diferencias que habia antiguamente entre los legados y fideicomisos. Empero Justiniano las quitó del todo, é igualó entre sí los legados y fideicomisos, como notaremos poco despues.

§. DCIII. DCIV.

Hemos visto qué son legados; ahora se pregunta, de cuántas maneras son? Antiguamente los legados eran de cuatro jéneros, cuya division nos la conservaron Teofilo, *Paraphr. h. t. Inst. Ulpiano, Fragg. tit. 25*, y Cayo, *Inst. Lib. II. tit. 5*. A saber: unos legados se dejaban por

vindicacion, con las palabras: *doy, lego, toma, recibe, ten*. Con estas fórmulas solo se podian legar las cosas que estaban en el dominio del testador; y era el efecto de este legado, que muerto el testador se hacia el legatario dueño de la cosa, y podia vindicarla como suya. Otros se legaban por *condenacion*, con las palabras: *mi heredero, estás obligado á dar, da, haz, mando que des*. Con estas fórmulas podian legarse tanto las cosas propias como ajenas. Por lo cual no se hacia al instante dueño el legatario, sino que pedia el legado por la accion personal de testamento. Otros se legaban por *modo de permiso*, con las palabras: *mi heredero, permite que el legatario tome, etc*. Con esta fórmula se podian dejar las cosas del testador y del heredero; y era efecto de esto, que el legatario podia obligar por accion personal al heredero á que le dejase tomar la cosa. Ultimamente, algunos legados se dejaban á manera de *mandato*, con las palabras: *mi heredero, te mando que tengas en especial para ti esta cosa*. Este suele llamarse *prolegado*, y no puede dejarse mas que á uno de los herederos. Por lo que el efecto de este legado es, que antes que los herederos partan la herencia, puede el coheredero tomar anticipadamente este prelegado de la masa comun. Cualquiera ve que antiguamente eran de grande consideracion las diferencias de estos cuatro legados. Y no obstante no se hace mencion de ellos en las ff, porque como ya observó Salmacio, horró Triboniano estos vocablos en todas partes. Veremos la razon en el párrafo siguiente.

§. DCV.

Advirtiéndolo Justiniano que tantas diferencias hacían algo dificultosa la jurisprudencia, con consejo bastante prudente mudó dos cosas del derecho antiguo. 1) Estableciendo que en adelante no hubiese entre los fideicomisos y legados mas diferencia que la fórmula de las palabras, siendo por lo demas de igual naturaleza é índole. 2) Ordenando que no hubiese aquellas diferencias entre los legados, sino que con cualquiera fórmula que se dejasen todos tuviesen un mismo efecto. Por tanto cesan hoy dia las diferencias entre legados y fideicomisos, que referiremos al §. 602.; cesa la diferencia de los legados espli- cada al §. 603.; y por tanto hoy dia solo tiene uso en el foro un jénero de legados.

§. DCVI.

Llegamos ya á los axiomas, los cuales se derivan de lo dicho hasta aqui. El 1) es que todos los legados y fideicomisos son del mismo efecto, cualquiera que sea la fórmula con que se hayan dejado. §. 2. *Inst. h. t.* Este axioma nace de que segun se ha dicho en el párrafo anterior, Justiniano quitó todas las diferencias que habia entre los legados y fideicomisos. 2) Todos los legados y fideicomisos se han igualado de manera, que lo que falta á los fideicomisos puede suplirse por la naturaleza de los legados, y viceversa. Asi, por ejemplo, dijimos arriba que antiguamente solo se podian dejar los legados en latin, y los

fideicomisos tambien en griego. Pero estando en el dia uniformados en un todo los legados y fideicomisos, tambien los legados se pueden dejar en griego y en cualquiera otra lengua. 3) El dominio del legado de especie pasa al legatario sin ninguna tradicion al momento que muere el testador. Arriba hemos visto que no sucede lo mismo en la herencia. Pues el dominio de ella no pasa al heredero hasta despues de la adicion. Mas no es obscura la razon de la diferencia. Porque la herencia en cierto modo es peligrosa por las deudas, y por tanto no se miraria por el bien del heredero, si al punto adquiriese este la herencia. Pero el legatario no paga ninguna deuda, y por lo mismo le es tambien á él útil hacerse al instante dueño del legado. 4) Tambien se dejau los legados sin solemnidad en los codicilos; en lo que se diferencian de la herencia, que no se deja sino solemnemente. Puede alguno objetar que no valen sin embargo los legados sino concurren cinco testigos, *L. ult. 5. de jur. eod.* Mas se responde que aquellos testigos no intervienen por solemnidad, sino por via de prueba, y para evitar falsedades. Por tanto bastan tambien testigos que no sean rogados, y aun las mujeres, las cuales no pueden serlo en los testamentos; sin embargo que con razones bien débiles defiendan la contraria opinion Bernh. Henr. Reinaldo, *Var. c. 5. p. 33.*

§. DCVII.

Ahora se pregunta: quién puede legar? Lo manifiesta la misma definicion. Pues decimos que

el legado es una porcion de la herencia, §. 602. Por tanto, todo el que puede instituir heredero ó hacer testamento, puede dejar legados. Por lo que se debe repetir aqui todo el *título 12. lib. 2. de his, quibus non est. perm. test. fac.* Asi, por ejemplo, vemos en aquel título que el impúbero ó hijo de familia no puede hacer testamento. Luego es evidente que tampoco los mismos pueden dejar legados. Al contrario, sabiendo que los hijos de familia pueden testar del peculio castrense y cuasi castrense, nadie duda que tambien acerca de ellos pueden dar legados.

§. DCVIII.

Ni es mas difícil la cuestion: á quiénes se pueden dejar fideicomisos y legados? Se responde: 1) á todos los que pueden ser instituidos herederos, de que tratamos arriba, *L. 2. tit. 14. §. 635. y sig.* Por tanto, atendiendo á que, segun vimos, los colejos ilícitos no pueden ser instituidos herederos, es consiguiente que tampoco no pueden recibir legados. Se esceptua el legado de alimentos, que es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces. *L. XI. ff. de alim. et cibariis leg.* Asi como 2) vimos arriba que podian ser instituidos herederos las personas inciertas, pobres, ciudades, colejos aprobados, el póstumo ajeno, asi se puede dejar legados á los mismos. Al contrario, inútilmente se lega al siervo del heredero, pues siendo cuanto adquiere el siervo para su señor, si se mandase al heredero que pagase un legado al siervo, seria

igual que si le pagase á sí mismo; lo cual en verdad seria muy absurdo. L. 116. de *legat.* 1.

§. DCIX.

Ahora se pregunta: *por quién se puede legar?* Cuya frase se ha de entender bien antes de todo, pues *legar por alguno* significa imponer á uno la carga de que pague un legado. Por tanto, asi como esta significacion es verdaderamente jurídica, asi el sentido de la pregunta es: á quién puede imponer el testador la obligacion de que preste un legado? Se responde que antiguamente solo se podia legar por los herederos, y dar fideicomisos por todos los que perciben algo del testamento. Pero despues que los legados y fideicomisos se han igualado en un todo, se ha de observar la regla, que á todos los que perciben algo del testamento se les puede mandar que paguen legados y fideicomisos, con tal que no sean gravados mas que en lo que han sido favorecidos. De aqui es que en el dia no hay duda que pueden dejarse legados por medio del heredero, legatario, fideicomisario y donatario por causa de muerte. Asi, por ejemplo, puede decir el testador: lego ó Seyo el fundo Corneliano, y á Sempronio dos mil que le pagará Seyo. Mas si á Seyo se le hubiesen dejado tres mil con el gravámen de dar cuatro mil á Sempronio, seria absurdo este legado, porque se le habia pensionado mas que se le habia favorecido. De lo mismo se manifiesta que á ninguno se le puede legar cosa propia; ó lo que es lo mismo, á nadie se puede legar por medio de sí mismo, porque

qué liberalidad seria legarme lo que es mio? No obstante, si el testador me legase mi casa con la condicion, si dejase de ser mia, seria válido este legado, porque en el caso de dejar de pertenecerme, está obligado el heredero á comprarla para mí, ó pagarme su valor, L. 1. ult. ff. de reg. Catonian.

§. DCX. DCXI.

La principal cuestion es: qué cosas pueden ser legadas? Se responde: 1) pueden ser legadas todas las cosas que están en la naturaleza, ó que al menos pueden existir. Asi, por ejemplo, si uno lega á Pedro la vendimia del año que viene, esta vendimia á la verdad no existe en la naturaleza de las cosas; y no obstante, porque puede existir, y hay esperanza de que existirá, vale este legado. Siendo tambien 2) las cosas ó corporales ó incorporeales, de unas y otras se puede dejar útilmente el legado. Asi nadie duda que pueda legarse el usufructo, las servidumbres, el derecho de cazar, el crédito, no obstante de ser todas estas cosas incorporeales. 3) Se requiere sin embargo que esté en el comercio la cosa legada; de otro modo ni puede darse ni recibirse. De aqui es, que seria disonante el legado de un templo, del mar, de un puerto ó cosas semejantes, porque todas ellas están exentas del comercio de los particulares, L. 49. §. 2. 3. ff. de legat. 2. Aqui nace una curiosa cuestion. Si se han legado los frutos venideros de cierto fundo, y no nace nada en él, se prestará sin embargo de otra parte el legado? Se ha de distin-

guir si se han espresado los frutos por causa de demostracion ó de tasacion. Se entiende lo primero, si se hace mencion de los frutos, no en la misma proposicion, sino en separada. Por ejemplo: lego á Pedro cien cántaras de vino que podrá sacar de la viña Corneliana. Se entiende lo último si se hace mencion del fundo en la misma proposicion, por ejemplo: doy, lego á Juan cien cántaras de vino de la viña Corneliana. Ahora bien, en el primer caso se han de dar las cien cántaras de vino, aunque no produzca nada la viña, L. 13. *ff. de tritico, vino, oleo legato*. En el último, si nada ha producido la viña, nada hay que prestar, L. 5. *ff. eod.*

§. DCXII. DCXIII.

Siendo las cosas ó propias ó ajenas, se pregunta, si pueden tambien estas dejarse por via de legado? El romano pontífice, *Cap. ult. X. de testamentis*, juzga injusto é impío semejante legado, porque repugna á los últimos preceptos del decálogo. Pero en esto mismo manifiesta que no ha entendido lo que es legado de cosa ajena por derecho romano; pues cuando este aprueba: los legados de cosas ajenas, no quiere que se quiten á otro sus cosas contra su voluntad, sino que solamente impone al heredero la obligacion de que compre de su dueño la cosa legada y la entregue al legatario, ó si el dueño no quiere venderla preste al legatario su estimacion, §. 4. *Inst. h. t.* Por tanto, vale el legado de cosa ajena; por ejemplo; doy, lego á Juan el edificio de mi vecino, y el legatario recibe el edificio, ó su

valor. Sin embargo, se exceptua el caso de que el testador ignorase que la cosa era ajena. Pues entonces hay la presuncion de que no la hubiera legado á saber que era ajena, §. 4. *eod.* Y qué sucede si el legatario hubiese adquirido ya la cosa que se le legó en el testamento? Entonces se ha de distinguir, si adquirió la cosa con título oneroso ó lucrativo. En el primer caso está obligado sin embargo el heredero á prestar la estimacion; en el último será inútil el legado, *porque dos causas lucrativas no pueden reunirse en una misma persona y en un mismo asunto*, §. 6. *eod.* Se ha de observar bien esta regla, pues de ella nacen cuatro curiosas conclusiones. 1) Es consiguiente que si antes de la muerte del testador comprase yo el edificio del vecino, que me habia legado el testador ignorándolo, se me dará el valor de él, porque la compra es un título oneroso, §. 6. *Inst. h. t.* 2) Que si se me legase en dos testamentos la casa del vecino, y se me entregase en virtud del uno, no podria pedir en virtud del otro la estimacion de ella, porque la adquirí por título lucrativo; al contrario, si del primer testamento recibiese solamente la estimacion, puedo pedir en virtud del otro testamento la casa, porque es claro que no la tengo, y por tanto ni hay título lucrativo ni oneroso. 3) Que si se me ha legado el edificio del vecino, y solamente he adquirido parte de él con título lucrativo, se me debe todavía la estimacion de la otra parte. L. 82. *pr. ff. de legat.* 4) Que si hubiese adquirido con título oneroso la propiedad sin el usufructo de la cosa ajena legada, entonces recibiré solamente la estimacion de la propiedad, porque parece

que se me legó la cosa como ya la tenia yo. L. 10. *C. h. t.*

§. DCXIV.

En seguida se pregunta: si tambien las cosas dadas en prenda se pueden legar? Por ejemplo: si el testador hubiese dado un vaso de plata en prenda de veinte florines, y despues lega el mismo vaso á Pedro, será útil este legado? Se afirma. Pues si se permite legar las cosas ajenas, por qué no las dadas en prenda, puesto que en estas todavía conserva el testador la propiedad? No obstante, se añade la misma escepcion que se puso arriba. A saber; si se puede probar por el heredero que el testador ignoraba que estaba la cosa en prenda, seria el legado de ningun valor, porque se presume que sabiéndolo el testador no la hubiera legado, §. 5. *Inst. h. t.* Mas se pregunta: qué efecto tiene semejante legado de cosa dada en prenda? Obligar al heredero á que rescate la prenda y la entregue el legatario, á no ser que espresamente añadiese el testador que la rescatase el mismo legatario, L. 57. *ff. de legat. 1.*

§. DCXV.

Aquí corresponde la curiosa cuestion de si habiendo legado un testador, por ejemplo, un fundo suyo, y habiéndole en seguida enajenado en virtud, es sin embargo útil este legado? Sobre esto distinguen las leyes si la enajenacion ha sido necesaria, ó solo voluntaria. *Necesaria* se dice la

que se hace estrechando alguna necesidad, por ejemplo, para pagar las deudas; y *voluntaria*, la que se hace sin necesidad. Ahora bien: en el primer caso todavía es útil el legado, y es del mismo efecto que el de cosa ajena, §. 602. y sig.; y en el último se destruye el legado, porque cuando enajena el testador la cosa sin necesidad, se cree que lo hace con la idea de quitar el legado al legatario. En pocas palabras; se presume que aquel ha mudado su benevolencia hácia el legatario, y por tanto la voluntad de legar; §. 12. *Inst. h. t.*

§. DCXVI. DCXVII.

Muchas veces se dejan los legados de *crédito*, de *liberacion* y de *deuda*; cuyas especies deben distinguirse con cuidado. *Legado de nombre* es cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. *Legado de liberacion*, cuando se deja el legatario lo que él mismo debe; últimamente, *legado de deuda*, cuando el testador deja al legatario lo que á este le debe. Tocante al legado de crédito, su efecto es que el heredero esté obligado á ceder al legatario las acciones, §. 21. *Inst. h. t.* Y que sucede si aquella deuda no es buena, y por tanto el legatario no recibe nada del deudor? Se responde, que el heredero no está obligado á mas, bastando que dé al legatario el derecho que él tenia; de la casualidad nadie puede responder. *El legado de remision ó liberacion* consiste en que el heredero está obligado á entregar al legatario la escritura, prendas y demas cauciones, de manera que quede del todo libre el

legatario. L. 3. §. 2. ff. de liberat. leg. Aqui se mueve una cuestion curiosa, á saber; si viviendo el testador cobra la deuda, queda sin embargo útil el legado? Aqui tiene lugar la misma distincion espuesta en el §. próximo anterior. Pues si el testador cobra la deuda por necesidad, todavía vale el legado, tanto de crédito como de liberacion; pero si el testador exige el pago sin necesidad, parece que ha mudado de voluntad, y que ha quitado el legado. L. 11. §. 12. y 13. ff. de leg. 3. La principal que debe examinarse es si el legado de *deuda* es útil. Qué liberalidad es que el deudor legue al acreedor lo que ya le debia? A la verdad, aun sin el legado está el heredero obligado á pagar las deudas del difunto. Empero muchas veces sucede que semejante legado es útil: 1) si el testador debe *bajo condicion* y hasta cierto dia. Pues entonces la utilidad del legado es grande por la representacion, esto es, porque el heredero está obligado á pagar al instante: 2) si el débito es solamente escriturario, esto es, de sola escritura sin hipoteca. Pues por el legado adquiere el legatario el derecho de hipoteca en todos los bienes hereditarios. 2) Si el débito no está bastante claro; pues entonces tiene la ventaja el legatario de poder probar la verdad del débito por el testamento. Y asi se ha de entender el §. 14. *Inst. h. t.*

§. DCXVIII.

Sigue el *prelegado de la dote*, que no se ha de confundir con el *legado de dote*. Esta es la diferencia. El prelegado de la dote es cuando el

marido lega á la mujer lo que esta llevó con el nombre de dote; y el legado de dote es cuando uno lega algo á una doncella soltera para que lo entregue en dote á su esposo futuro. Ahora se habla del prelegado de la dote, y se pregunta si es útil; pues disuelto el matrimonio, aun sin semejante prelegado, se ha de restituir la dote á la mujer. Sin embargo, este legado es muy útil 1) por la representacion. Porque de otro modo, consistiendo la dote en dinero contado, se ha de restituir despues de pasado un año, y el prelegado puede pedirse al instante, y de no pagarse al momento puede la viuda exijir réditos. 2) Por semejante prelegado puede librarse la mujer de probar que llevó la dote al matrimonio, pues media la confesion del testador, que no puede el heredero poner en duda. 3) A veces percibe la mujer por semejante prelegado la dote que no llevó, con tal que el testador haya espresado cierta suma. Por ejemplo: si el marido dice en el testamento: legó á mi mujer tres mil que trajo de dote, la mujer percibirá los tres mil, aunque el heredero quiera probar que esta no llevó ni una blanca. Otra cosa se dirá si el testador no hubiese espresado la suma; pues entonces solo tomará la mujer lo que pruebe que llevó. L. 1. §. 7. ff. de dot. proeleg.

§. DCXIX. DCXX. DCXXI.

Tambien se han de distinguir con gran cuidado los legados de *jénero*, de *especie* y de *cantidad*. Los jurisconsultos llaman *jénero* á lo que los filósofos *especie*, por ejemplo, un caballo, un

libro, un vestido: *especie*, al contrario, es para los jurisconsultos lo que entre los filósofos individuo, por ejemplo, el caballo que está en la cuadra, las obras de Cujacio de una biblioteca, el manto encarnado de un vestuario. Ultimamente, la *cantidad* es el jénero señalado por un número, por ejemplo, cuatro caballos, mil florines. Respecto del *legado de especie* se han de observar las conclusiones que siguen. 1) La especie legada no perece para el heredero; sino para el legatario. Por ejemplo: si se ha legado el caballo de la cuadra, y muriese despues que el testador, el daño no es para el heredero, que no entrega otro, sino para el legatario. Dos son las razones. (a) Porque el dominio de la especie legada pasa al legatario desde la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño. (b) Porque el heredero es solamente deudor de la especie, y se libra si perece esta. L. 23. L. 49. *pr. ff. de V. obl.* No obstante, se han de añadir dos escepciones. Primera, si el heredero fuese moroso; pues entonces perece para él la cosa, y no para el legatario; segunda, si la cosa pereciese por culpa del heredero; pues entonces como deudor presta aun la culpa levísima. L. 47. §. *penul. ff. de legat. 1.* 2) Legadas dos especies copulativamente, se ha de mirar si las dos son principales, ó la una principal y la otra accesoria. En el primer caso; pereciendo la una, todavía se debe la otra; en el segundo, pereciendo la principal, no se debe la accesoria. §. 17. *Inst. h. t.* Por ejemplo: uno me legó un caballo y un buey; muerto el caballo todavía se debe el buey. Al contrario si uno me hubiese legado un caballo con silla y arreos,

muerto el caballo no se debe ni la silla ni los arreos, porque lo accesorio sigue lo principal. 3) Legada una universalidad, por ejemplo, un rebaño, el aumento y disminucion es en provecho ó daño del legatario. Y de aqui es, por ejemplo, que si el rebaño legado tenia cien cabezas á la muerte del testador, y despues se aumentó por las crias hasta ciento cincuenta, esta ganancia es del legatario. Al contrario, si el rebaño se disminuyó hasta veinte cabezas, el daño será igualmente del legatario, por la razon alegada arriba, que el dominio de la especie legada pasa al instante al legatario desde la muerte del testador. §. 18. *Inst. h. t.* Esto acerca del legado de especie. Tocante al *legado de jénero* se han de tener presentes dos conclusiones. 1) Que es útil si el jénero es ínfimo y tiene cierta determinacion por la naturaleza, mas no si es alto y de incierta determinacion. Por ejemplo: un caballo es jénero ínfimo, y cualquiera sabe lo que es. Mas un animal ó cosa son jéneros altos; y de aqui es que seria absurdo y ridículo el legado si uno dejase á Ticio un animal ó cosa. Pues en tal caso quedaria libre el heredero si diese al legatario un raton, ó el pezon de una manzana, L. 71. *ff. de leg. 1.* 2) La eleccion en el legado de jénero es del legatario; pero de modo que no puede elejir lo mejor. Por ejemplo: si el testador me ha legado un caballo de su cuadra, entonces no tiene el heredero el arbitrio de darme el que quiera; sino que á mí me compete la eleccion, con tal que no elija el mejor. §. 21. *Inst. h. t.* En lo cual se diferencian este legado del de opcion ó eleccion, de que se trata en el §. sig.

§. DCXXII.

El legado de opcion ó de eleccion es cuando el testador concede espresamente al legatario, que de muchas cosas de un mismo jénero escoja una para sí. Por ejemplo: Pedro, escoje el caballo que quieras de la cuadra. De este legado se ha de notar lo siguiente. 1) Que en él puede el legatario elejir lo mejor, lo que no puede en el legado de jénero. 2) Que si ha elejido una vez, no hay lugar al arrepentimiento, sino que debe imputarse á sí mismo el legatario el no haber elejido mas prudentemente. 3) Que antiguamente espiraba este legado si durante su vida no elejia el legatario, y por tanto no podia elejir entonces su heredero. En pocas palabras; no se transmitia á los herederos este legado antes de hacerse la eleccion. Pero varió esto Justiniano por la *L. ult. C. com. de legat. et fideicomm.*, permitiendo á los herederos del legatario que aun muerto este pudiesen elejir; de modo que en el dia tambien este legado pasa al instante á los herederos.

§. DCXXIII.

Falta todavía una regla comun al legado de *jénero y cantidad*, á saber; *que ni el jénero ni la cantidad perecen*. La utilidad de esta regla es grande. Pues si, por ejemplo, se me ha legado un caballo, ó la suma de cien florines, y el heredero preparase el caballo y contase el dinero, y un ladron le robase ambas cosas, el heredero no podria escusarse, ni por eso quedaria libre del

legado, porque el jénero y la cantidad siempre existen en el mundo, y jamás perecen.

§. DCXXIV.

La última cuestion es, si pueden *legarse los hechos*. Y se afirma, ya porque tambien los hechos prestan utilidad, ó ya porque se permite al testador obligar al heredero á que este haga lo que aquel plazca, con tal que el hecho no sea torpe, ni ridículo, ni ilusorio. Por tanto vale un legado como el siguiente: mi heredero, estás obligado á cultivar todos los años el campo de Ticio. Empero seria absurdo este legado: obligo á mi heredero á que en los cumpleaños de Ticio salga desnudo á la plaza.

§. DCXXV.

Toca ahora hablar del difícil y sutil *derecho de acrecer*, que sin embargo puede reducirse á pocas y claras reglas. Es el *derecho de acrecer* un derecho, por el cual la porcion del colegatario que falta acrece ó se agrega al que queda. Este derecho no solo se observa en los legados, sino tambien en las herencias, pero por razon muy diversa. Pues en la herencia es necesario este derecho de acrecer, porque ninguno puede morir en parte testado y en parte intestado, §. 542. Y si el testador instituyese heredero á Sempronio y Mevio, y este repudiase su parte, pasaria al heredero abintestado si no acreciese al coheredero. Mas en los legados solo trae oríjen el derecho de acrecer de la voluntad presunta del testa-

dor. Pues juntando á Ticio y Mevio en un legado, sin duda quiso que faltando la porcion del uno, la llevase el colegatario antes que el heredero, De aqui es que hay tambien grande diferencia entre el derecho de acrecer de los herederos y legatarios. Pues 1) el heredero acrece aun contra su voluntad; el legatario no siempre, antes muchas veces es porque quiere. 2) A los herederos siempre acrece con carga; á los legatarios á veces sin ella. 3) En la herencia no puede el testador prohibir el derecho de acrecer, y sí en los legados, L. 57. §. 1. ff. de usufr. L. 7. de reg. jur.

§. DCXXVI. DCXXVII.

Se pregunta: cuáles son los requisitos del derecho de acrecer? Se responde, que dos. Uno que el colegatario falte antes de la muerte del testador, pues si aquel sobreviene un solo momento, pasa el legado á los herederos, y por tanto no acrece al colegatario, L. un. §. 5. de caduc. toll. Otro, que estén unidos; y se entiende que lo están los legatarios cuando son llamados á una misma cosa; como doy, lego mi fundo á Ticio y Mevio. Al contrario, si á Ticio se legase una casa, y á Mevio un prado, faltando cualquiera de los dos no acrece nada al otro, sino que el legado se queda en la herencia.

§. DCXXVIII.

Ahora se ha de examinar cuántas especies hay de conjuncion. Los jurisconsultos la dividen en

conjuncion en la cosa, ó solamente en las palabras, ó juntamente en la cosa y las palabras. Se dice que están unidos en la cosa, cuando muchos son llamados á ella, pero en diversas proposiciones. Por ejemplo: doy, lego á Ticio el fundo Corneliano: doy, lego el mismo á Mevio. Los que están asi unidos suele representarse en figura de

Ticio Mevio.

círculos sin vínculo ni enlace

o o

Se llaman tambien desunidos, porque sus nombres se hallan en diversas proposiciones. Se dicen unidos solamente por *palabras* los que son llamados en una sola proposicion á una misma cosa, pero con partes separadas, no físicas, de manera que materialmente se divida la cosa entre los legatarios (pues entonces no estarían unidos), sino intelectuales. Por ejemplo: si el testador dijese: doy, lego á Ticio y á Mevio el fundo Corneliano, al primero hasta el rio, y al segundo pasado el rio, no habria ninguna union entre estos, porque á la verdad no son llamados á una misma cosa, L. 1. *pr. ff. de usufr. ad cresc.* Al contrario, si escribiese asi el testador: doy, lego á Ticio y á Mevio este fundo por iguales partes, estarían unidos por palabras, y estos se notan con unos círculos unidos por una raya intermedia. Ticio Mevio.

Están unidos *juntamente* en la cosa

o — o

y las palabras aquellos á quienes se ha legado en una sola proposicion una misma cosa sin dividirla en partes, por ejemplo: doy, lego á Seyo y Cayo el fundo Corneliano. Estos se representan por

círculos unidos con una cruz en figura de aspa en
Seyo Cayo.
el medio L. 89. ff. de legat. 3. et

o X o
L. 142. ff. de V. S.

§. DCXXIX.

Supuestas estas definiciones, fácilmente se entenderán ahora las reglas que han de observarse acerca del derecho de acrecer. 1) Si los legatarios están unidos por palabras ó por conjuncion mista, la porcion del que falta acrece al unido. Por tanto, en la segunda figura, faltando Ticio, su porcion acrece solamente á Mevio; y en la tercera figura, faltando Cayo, acrece su porcion á Seyo. 2) Si están unidos solamente por la cosa, su porcion acrece á todos, pero de manera que los unidos por palabras y por conjuncion mista se tengau por una persona. Esto se entenderá con el siguiente ejemplo. Doy, lego al primero este fundo. Doy, lego el mismo al segundo. Doy, lego el mismo por iguales partes al tercero y cuarto. Doy, lego el mismo al quinto y sexto. 1 2 3 4

5 6 o o o—o
o X o Supongamos ahora que falta el segundo, entonces su porcion acrece á todos, pero de modo que el primero tome una tercera parte, el tercero y cuarto otra, y el quinto y sexto la que falta, pues los últimos como cólegas se tienen por una persona. 3) A los unidos por conjuncion mista y con palabras solamente, acrece queriendo ellos, pero con las cargas; á los unidos por

la cosa aunque no quieran, y sin carga. Esta es toda la doctrina del derecho de acrecer, que vulgarmente se presenta con obscuridad, sin embargo de estar tan clara é inteligible con solo observar estas tres reglas, y otras tres definiciones.

§. DCXXX.

Resta decir tambien algo acerca del modo de legar. Se puede legar: 1) *puramente*: 2) *hasta cierto dia*, ó *desde tal dia*; lo que no podia hacerse en la herencia, §. 544: 3) *bajo condicion*: 4) *bajo demostracion*: 5) *por causa*: 6) *por modo*; de cada uno de cuyos modos se tratará por separado.

§. DCXXXI.

Se lega *puramente* cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, por ejemplo: lego á Ticio ciento. Sobre este legado puro se ha de observar la regla: el dia de semejante legado empieza y viene al punto que muere el testador, *L. un. §. 1. C. de caducis toll.* Por lo que, si el heredero fuese moroso, desde el momento pueden exijirse tambien los réditos. Sin embargo, se ha de añadir una escepcion, y es que todos los legados que no pasan á los herederos, no se exigen desde la muerte del testador, sino desde la adiccion de la herencia. Tales son los legados de usufructo, de uso, de habitacion, de libertad, y antiguamente tambien el de eleccion, el cual observamos arriba al §. 602. haber sido mudado por Justiniano.

§. DCXXXII.

El legado de cierto dia y hasta tal dia, se deja á quien se ha señalado un término desde el que empieza, ó hasta el que dura. Por ejemplo; se ha dejado á Ticio un legado desde cierto dia cuando se le determina un tiempo como término desde el que ha de empezar, por ejemplo: lego á Ticio mi casa despues de diez años de mi muerte. Al contrario, se lega *hasta cierto dia* cuando se señala tiempo como término hasta el que ha de durar, por ejemplo: lego á Ticio la huerta por diez años. En el primer caso, si el dia es cierto, al instante se debe el legado; pero no puede exijirse hasta los diez años: en el último al momento se debe y se exige. Y qué sucede si el dia es incierto, de manera que no conste si existirá ó no? Entonces el dia se tiene por condicion, como ya hemos observado arriba, §. 544., L. 75. ff. de condit. et demonstr.

§. DCXXXIII.

Acerca del *legado condicional* no hay aqui nada que añadir. Pues ya se ha explicado todo arriba cuando se ha tratado de la institucion de heredero, §. 545. y sig. Solo una regla se ha de notar: el dia del legatario condicional ni cae ni viene antes que se verifique la condicion, L. 5. §. 2. ff. cuando dies legati cedas. De lo que se sigue, que si muriese el legatario antes de la condicion, nada transmite á sus herederos, sino que por el contrario el legado espira.

§. DCXXXIV.

Se dice que lega el testador *bajo demostracion*, cuando añade alguna descripcion de la persona ó cosa legada, por ejemplo: lego ciento á Ticio que administró mis cosas: lego á Mevio la casa que compré á Sempronio. Sobre este legado se ha de observar que no le vicia la falsa demostracion, como por otro lado conste la persona ó cosa. De aqui es, que aunque fuese falso que Ticio hubiese administrado los negocios del difunto, ó que la casa se hubiese comprado á Sempronio, no obstante es útil el legado, y surtirá su efecto, §. 30. *Inst. h. t.*

§. DCXXXV.

Sigue el legado dejado *por causa*. Por causa entendemos aqui la impulsiva que el testador expresa en el testamento, por ejemplo: doy, lego á Ticio ciento porque defendió en el foro mis causas. En este se observa la misma regla de que la falsedad de la causa no vicia el legado, §. 31. *Inst. h. t.* Pues considerándose al testador como legislador, y obedeciéndose á la ley aunque el legislador alegue una causa falsa, lo mismo sucede en los legados. Esceptúase no obstante el caso de que el testador errase en la causa, y probase el heredero que el testador no hubiera hecho el legado si hubiese estado mejor enterado; pues entonces semejante legado seria de ningun valor, L. 72. §. 6. *ff. de condit. et demonstr.*

§. DCXXXVI. DCXXXVII.

Ultimamente, se dice que se lega por modo cuando se espresa cierto fin para el que se deja el legado, por ejemplo: doy, lego á Ticio trescientos para que se haga doctor. Este legado se debe y puede exigirse al momento, con tal que preste caucion el legatario que le destinará á este fin, ó que de no hacerlo volverá el legado, L. 4. 80. ff. de condit. et demonstr.

§. DCXXXVIII.

Aunque sea grande la libertad de los testadores, sin embargo están prohibidos los legados llamados *captatorios*, y en el antiguo derecho los *dejados por via de pena*. Llámanse *captatorios* cuando el testador deja un legado á otro con la condicion de que este se le deje tambien á él; pues entonces verdaderamente capta los bienes de otro, por ejemplo: doy, lego á Pedro mil florines si él me lega á mí otros tantos. No habiendo, pues, cosa mas fea que este legado, fundadamente le dieron por nulo las leyes. La razon es la insigne maldad de los *capta-herencias*, que halagaban á los testadores de distintos modos, cuyas artes describe elegantemente Corn. Van. Kynkersh. en el opúsculo. *De captatoriis institutionibus*. No eran mas válidos antiguamente los legados *dejados por via de pena*; y se llamaba así cualquiera legado dejado para incomodar al heredero; por ejemplo: si Ticio mi heredero no da su hija por mujer á mi hermano, pague mil

al príncipe. Pero Justiniano mandó en el §. *ult. Inst. h. t.* que valiesen semejantes legados, con tal que no se mande al heredero hacer ninguna cosa torpe, v. gr., si mi heredero no mata á su hijo dé á Mevio ciento. El sábio Bynkersh., en un opúsculo suyo que trata de esta materia, juzga que Justiniano no entendió lo que era legado dejado en pena. Pues entre los antiguos no era otra cosa que aquel por el que se obligaba al heredero á que hiciese algo torpe. Mas si se ha de decir la verdad, parece que tiene disculpa Justiniano, porque del mismo modo definió estos legados Ulpiano en sus *Fragm. tit. 24. §. 17.* Pues frecuentemente los testadores necios incomodaban con ridiculeces al heredero sin razon alguna, condenándole, si no obedecía su voluntad, á que pagase legados. Un buen ejemplo de esta necesidad se lee en Horacio, *Lib. II. Satyr. 3. v. 84.*, donde dice:

*Heredes Staberi summam incidere sepulchro;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo patria, atque epulum, arbitrio
Arri:
Frumenti quantum metit Africa.*

Por tanto con razon desecharan las leyes antiguas estos legados, aunque esto lo mudó Justiniano, como hemos dicho.

§. DCXXXIX.

Resta la última cuestion: qué acciones competan á los legatarios y fideicomisarios para conseguir los legados que se les han dejado? Tres

acciones tienen. La *primera* nace del cuasi contrato, y por tanto es personal, y se llama accion del testamento. Pues cuasi contrae el heredero con los legatarios al aceptar la herencia, §. 596., de aqui es que el legatario obra contra el heredero para que pague los legados con los réditos desde su demora. La *segunda* es la accion vindicatoria *de la cosa*, y por tanto real. Pues debiéndose el legado desde la muerte del testador, tambien pasa al momento al legatario el dominio de la cosa legada, §. 606. 3.; y por tanto, como dueño vindica la cosa de cualquiera poseedor. La *tercera* accion es la hipotecaria ó cuasi serviana, que compete á los legatarios, porque estos tienen una hipoteca tácita en todos los bienes hereditarios. Aunque se conceden al legatario estas tres acciones, es evidente sin embargo que no hay lugar á la vindicacion de la cosa sino cuando se ha legado cierta especie, pues el jénero y la cantidad como cosas incorporeales no pueden vindicarse.

TITULO XXI.

Modo de quitar y transferir los legados.

§. DCXL.

Justiniano sigue su método, y habiendo tratado hasta aqui del modo con que se mandan los legados, se pregunta ahora, cómo se quitan y trasladan. A la verdad, la voluntad de los hombres es ambulante hasta la muerte, y no hay duda alguna que el testador puede quitar el legado á los legatarios, y trasladarle á otro.

§. DCXLI. DCXLII. DCXLIII.

Se dice que se quita el legado, cuando el testador no lega lo que antes habia legado; y esto se hace *ipso jure*, ó por via de escepcion. *Ipso jure* se quita el legado por palabras, ó hechos. *Por palabras*, cuando el testador declara por testamento ó codicilos que ya no lega lo que antes habia legado, *pr. Inst. h. t.* Y aun basta si hace esta declaracion de viva voz estando presentes dos testigos. *Por hechos* se quitan los legados: 1) si rompiese ó borrarse los testamentos ó codicilos, 2) si destruyese la cosa legada ó la de distinta forma. No obstante en la L. 86. *ff. de leg.* 3. se ve en la curiosa distincion de si la cosa puede reducirse á antigua forma ó no. Si lo primero, no se destruye el legado; por ejemplo: si de la plata que habia legado el testador manda hacer vasos. Si lo último, se entiende que se ha quitado; por ejemplo: si de la lana que habia legado el testador mandase hacer paño. 3) Si el testador vendiese sin necesidad la cosa legada, ó la enajenase de cualquier otro modo. Pues de esto nace la presuncion de que quiere quitar el legado al legatario, como advertimos, §. 615. Hasta aqui hemos visto como se quitan los legados *ipso jure*; ahora se verá como se hace por *via de escepcion*. La L. 3. §. *ult. et.* L. 4. *ff. h. t.* nos presenta aqui un ejemplo oportuno. A saber; si el legatario tuviese con el testador enemistad capital, y nunca volviese á su gracia. Porque quién creerá que uno ha querido dejar legados á su enemigo? De aqui formamos esta regla: siempre que acontez-

ca algo de que pueda presumirse que el testador ha mudado la voluntad, entonces se desvanece el legado por via de escepcion. Pues el heredero opone al legatario la escepcion de *dolo malo*.

§. DCXLIV.

Sigue la traslacion de los legados, la cual se dice que se verifica siempre que ocurre alguna variacion en el legado. Se transfiere el legado de cuatro maneras. 1) Mudándose la persona del legatario, como cuando el testador lega á Ticio lo que habia legado á Mevio. 2) Cuando se muda la misma cosa legada, por ejemplo: cuando el testador habia legado primero su edificio, y despues lega en su lugar una biblioteca. 3) Cuando se muda la persona por quien se lega, por ejemplo: si se encarga á un legatario el pago que antes tenia que hacer el heredero. 4) Cuando se muda la misma naturaleza del legado ó modo de legar, por ejemplo: si habiéndose legado al principio puramente, se agrega despues el dia, ó una condicion. De lo que se deduce que la palabra *trasladar* entre los jurisconsultos significa otra cosa que entre los demas autores, y que es lo mismo que mudar. Acerca del primer modo de trasladar los legados hay todavía que observar una cosa, y es que siempre se ha de repetir en ellos el nombre propio del primer legatario. Pues de otro modo no es traslacion de legado, sino mas bien conjuncion de uno y otro legatario, *L. 34. pr. ff. de legat. 1.* De aqui es, que si el testador dijere que lega á Mevio el fundo que antes legaba á Ticio, será traslacion de legado.

190 *Modo de quitar y transferir los legados.*

Mas si escribiese en la primera parte del testamento, que da y lega su fundo á Ticio, en la última parte que da y lega el fundo á Mevio, entonces estarán unidos, porque no se repite el nombre de Ticio.

§. DCXLV.

Aquí se pregunta: cómo debe hacerse la traslación? Para quitar un legado solo se exijia la prueba; ó mas bien, para destruirse por vía de escepcion, era suficiente la presuncion: sucede lo mismo para trasferir el legado? De ningun modo. Pues el que traslada un legado, no solo le destruye primero, sino que deja otro nuevo. Y un nuevo legado no puede dejarse sin cinco testigos. §. 606. 4. Por esto se ha de advertir que sucede muchas veces, que trasladado un legado, ni subsiste el primero ni el último. Por ejemplo: si uno dijese delante de tres testigos que legaba á Mevio el fundo que habia legado á Ticio, ninguno de los dos percibiria el legado. No Ticio, porque se le quitó á presencia de tres testigos. No Mevio, porque no asistieron cinco testigos necesarios para transferir el legado.

§. DCXLVI. DCLXVII.

Esto sea dicho del modo de quitar y transferir los legados. Añadiremos algo de otros modos por los que estos espiran. A saber; 1) ó por un hecho que sobreviene, ó 2) porque la ley tiene por no hecho semejante legado, ó 3) porque se le quita al legatario por indigno. I. Por un hecho

que sobreviene, se estinguen los legados por cinco razones. (a) Si el legatario muriese antes que el testador. Pues el legado se debe desde la muerte de este, §. 631.; y por consiguiente, estando aun vivo el testador nada habia adquirido el legatario. Lo que no tenia, no podia transmitirlo á los herederos. Luego los herederos no percibirán el legado, y por consiguiente espiró este; á no ser que esté reunido algun colegatario, al cual acrezca la porcion del que falta. (b) Espira el legado de cosa ajena, si viviendo el testador la hubiese adquirido ya el legatario por título lucrativo, porque no pueden reunirse dos causas lucrativas en una misma persona y sobre en una misma cosa, §. 612. y sig. (c) Si pereciere la cosa legada. Mas esto debe entenderse solamente de la especie legada, la cual estinguida no puede prestarse; y no del jénero y la cantidad, acerca de los que ya vimos arriba la regla de que nunca perecen, §. 623. Por tanto, si el testador legase un buey y pereciese, de tal modo se acaba el legado, que ni aun la piel se debe. Sin embargo, sufre esta regla una escepcion, esto es, si hubiese culpa ó dolo de parte del heredero, porque con razon debe prestarlos. (d) Si se invalidase el testamento. Pues habiendo manifestado arriba al §. 568. que los testamentos son á veces nulos ó injustos; y que, aunque hechos con arreglo á derecho, á veces se rompen, se hacen irritos, se abandonan, ó se rescinden: á todas especies pertenece nuestra regla, escepto á los testamentos rescindidos. Pues si entablada la queja de inoficioso testamento, se rescinde este, quedan válidos todos los capitulos, escepto la

192 *Modo de quitar y transferir los legados.*

institucion de heredero, y por tanto no se desvanecen los legados, §. 584. 7. (e) Si falta la condicion. Pues suspendiéndose el efecto de este legado por la condicion, es evidente que faltando esta, falta tambien el legado, porque no se debe, ni puede exijirse hasta que no se verifique la condicion, §. 633. II. A veces tiene la ley por no hechos los legados, de cuyo caso existe un título singular, á saber, el VIII. *Lib. 34.* Sucede esto (a) porque no pueda existir el legado por su naturaleza; por ejemplo, si el testador hubiese hablado ambiguamente, de modo que no pueda entenderse, *L. 3. 4. 10. 27. ff. de rebus dubiis.* (b) Si se dejase el legado contra las leyes, por ejemplo: á un incapaz, deportado, cautivo, ó á quien no existe aun en la naturaleza, *L. 4. pr. §. 1. de his quae pro non script. hab.* (c) Si el legado es torpe, y dejado para deshonar al legatario, *L. 35. de legat.*; esto es, para infamar con alguna ignominia, ú ofender el pudor del legatario; por ejemplo: lego á Ticio ciento que puede dar á su adúltera. (d) Si alguno se dejase á sí mismo algun legado, habiendo él propio escrito el testamento. Pues induciendo semejante testamento sospecha de falsedad, el legado subsiste en la herencia, y por consiguiente se estingue, *L. 2. 3. C. de his qui sibi adscr. in test.* III. Otras veces se quita el legado al legatario como indigno, y estos legados caen en el fisco, escepto en algunos pocos casos. En cuanto á lo demas se quitan tantas veces los legados, cuantas el legatario, cometiendo algun delito contra el difunto, se ha hecho indigno de esta liberalidad, por ejemplo: si matase al testador, ó le suscitase causa de muerte, ó le for-

zase á hacer testamento contra su voluntad. Véase el título singular *de his, quae ut indignis auf.* L. 34. Tit. 9.

TITULO XXII.

De la ley Falcidia.

§. DCXLVIII. DCXLIX. DCL.

Este título está de tal manera enlazado con el anterior, que así como en este se han enseñado los modos con que se pierden los legados, así el título de la ley Falcidia muestra como se disminuyen, esto es, cómo se reducen á menor cantidad. Este título contiene tres partes: la *primera* trata de la historia de la ley Falcidia, §. 648.; la *segunda*, del derecho introducido por ella, §. 651. 653., y la *tercera* de las causas porque cesa la ley Falcidia, §. 654. Tocante á la historia, 1) repetidas veces hemos advertido que en la ley de las XII tablas se habia establecido, *que se tuviese por ley lo que legase el padre de familia*; por cuya ley se dió á los testadores la facultad mas estensa para legar, segun observa Pomponio en la L. 120. ff. de V. S. Pero los testadores abusaban malamente de aquella amplísima facultad. Y frecuentemente, instituyendo heredero con el fin de que se orijinase un pleito, de tal manera cargaban la herencia con legados, que no quedaba al heredero ningun interes. De aqui resultaba un grande inconveniente. Pues el heredero repudiaba la herencia de la que no sacaba

ningun lucro, y abandonando el testamento, no percibian nada los legatarios, y todo el testamento se destruía. Así que, pareció conveniente reprimir con leyes esta licencia de legar, como dice el mismo Pomponio en dicha *L. 120. de V. S.* Estas leyes eran tres; la primera se llama *Furia* (*), la segunda *Voconia* y la tercera *Falcidia*. La *Furia*, de que ya hace mencion Ciceron, prohibió que á ningun legatario se dejase mas de mil ases, escepto á los parientes; y si mas se dejase, que pagara el legatario la pena del cuatro tanto. Ulpiano, *Fragm. Tít. 1. §. 2. y Tít. 18. §. 7.* Mas esta ley proveia poco al remedio. Pues si el testador dejaba legados á muchas personas, y á cada una de ellas mil ases, igualmente agotaba la herencia que si dejase pocos legados, pero mas considerables. Siguió la ley *Voconia*, sobre la que existe una eruditísima y singular disertacion de Perizonio. Fue su autor Quinto Vaconio Saxa, tribuno de la plebe en el año 684 de la fundacion de Roma, Quinto Mevio Filipo y Cn. Servilio Cepion, cónsules. Véase á Ciceron, *Verrin. 1. c. 42.* Esta ley coartó de varios modos la potestad de los testadores. Pues 1) prohibió instituir por herederos á las mujeres. 2) No permitió que siempre se las dejasen legados. Y 3) últimamente (cuyo capítulo pertenece aqui con mas particularidad), prohibió que á ningun legatario se dejase mas que lo que llegase al heredero. No obstante, esta ley se eludia tambien fácilmente, como observó Teófilo en el *pr. Inst. h. t.* Pues si poseyendo uno cien aureos, legaba á otros los

(*) Diose esta ley por C. Furio, tribuno de la plebe.

noventa y nueve, y el heredero solo percibia uno, parecia satisfacerse á la ley Voconia; y quién por una moneda queria aceptar la herencia? Por tanto, no consiguiendo esta ley tampoco el fin, últimamente en tiempo de Augusto, y sin duda por su autoridad, se dió la ley *Falcidia* por Publio Falcidio, tribuno de la plebe, en el año 714 de la fundacion de Roma, segun estensamente refiere esta historia. Dio Cass. L. 48. *hist. p.* 430. Por lo cual es ridículo el error de la glosa, que juzga que esta ley se llamó Falcidia de la palabra *falce*, porque se desfalcaba ó quitaba algo á los legados. Por lo demas en esta ley se estableció prudentemente, 1) que ninguno pudiese cargar la herencia con legados, mas que hasta el dodrante (*) de los bienes, esto es,

(*) Los antiguos consideraban cualquier herencia como un *as*, y por consiguiente la concebían dividida en doce onzas, porque es de advertir que el nombre de *as*, aunque significaba una moneda de cobre del peso de una libra de doce onzas, tambien le aplicaban á cualquier todo, y le dividían precisamente en doce partes ú onzas. Atendiendo, pues, á esto, fáciles son de explicar los nombres con que los jurisconsultos solian designar las partes de una herencia. Siendo así que *as* significa el cuerpo íntegro de los bienes dividido en doce onzas, á las once onzas las llamaban *deunx*, es decir una *desumpta uncia*, ó bien *deest uncia*, esto es, menos una onza. Por igual razon á las diez onzas se las daba el nombre de *dextans*, como si dijéramos *desextans*, esto es, quitada la sexta parte (pues la partícula latina *de*, quita y disminuye cuando entra en composicion); y tambien el de *deumx*, es decir, diez onzas. A las nueve onzas el de *dodrans*, que equivale á *decuadrans*, esto es, quitado el cuadrante. A ocho onzas el de *bes* ó *bessis*, equivale de *bis triens*,

hasta nueve onzas: 2) que si dejase mas á los legatarios, á cada uno se cercene á prorata, de manera que quede al heredero libre su cuarta parte. Las mismas jenuinas palabras de esta ley existen en la *L. 1. pr. ff. h. t.*

§. DCLI.

II. Para venir ya á la *otra parte* del derecho introducido por esta ley, pueden hacerse tres preguntas: 1) quién saca esta cuarta: 2) cómo se ha de computar: 3) á quiénes se cercena.

(1) Si preguntas quién saca esta cuarta, el mismo fin de la ley manifiesta que este beneficio se ha concedido á los herederos instituidos en el testamento. Pero así como donde existe la misma razon de la ley debe haber igual disposicion, así no es de admirar que los jurisconsultos estendiesen tambien esta ley á los herederos abintestato. *L. 18. ff. h. t.* Pues no hay duda que estos puedan igualmente ser tan gravados como lega-

los dos tercios del as. A siete onzas el de *septunx*, nombre que está bastante explicado por sí mismo. A seis onzas el de *semis*, como si se dijera semias. A cinco onzas el de *quincunx*, de quinque y uncia. A cuatro onzas el de *triens*, *tertia pars asis*, el tercio del as. A tres onzas *quadrans*, cuarta parte de as. A dos onzas *sestans*, por sexta *pars asis*, sexta parte del as. Estas doce onzas se subdividían, y la mitad de una onza se llamaba *semiuncia*; la tercera parte de ella *duella* ó *binæ sextulæ*; la cuarta parte *sicilium*; la sexta parte *sextula*; la octava parte *drachma*; la duodécima parte *hemisesela*, ó *dimidia sextula*; la décimaséptima *tremisis*; y *scrupulos* la vijésima-cuarta.

dos en los codicilos, como los testamentarios en el testamento. Por este principio pues fácilmente se entienden las siguientes consecuencias. (a) Que si hay muchos herederos, en cada uno de ellos se ha de suponer la razon de la ley Falcidia. El sentido de estas palabras, que se hallan en el §. 1. *Inst. h. t.* es este: que si son muchos los coherederos, todos juntos deben tener salva una cuarta, y por tanto solo pueden cercenar á prorata, de modo que tengan la cuarta parte de su porcion. (b) Que si hay dos coherederos, de los que uno está cargado con muchos legados, y el otro no, entonces se ha de distinguir, si la porcion cargada acrece á la no gravada, ó la no gravada á la cargada. En el primer caso puede sacarse aun la cuarta; en el segundo no, L. 78. 87. §. 4. *ff. h. t.* La razon de esta sutilísima disposicion, por otra parte no clara, es esta: porque el que sucede en el lugar de otro, con razon se entiende que sucede tambien en el derecho (c). Que este derecho de cercenar no compete ni al legatario, ni al fideicomisario. De aqui es, que si por ejemplo, se han legado á Ticio mil, y se le manda que los pague á otro, no puede sacar nada, aunque no le quede salva ni la tercera parte, porque este beneficio no se ha concedido á los legatarios, sino á los herederos. Y la misma razon milita contra los fideicomisarios, los cuales no se reputan en nuestras leyes por herederos aunque reciban la herencia.

§. DCLII.

2) Si preguntas: cómo se ha de computar la cuarta Falcidia, se dice que deben observarse

dos axiomas. 1) Que la cantidad del patrimonio se considere cual era al tiempo de la muerte del testador. 2) Que no se llama patrimonio, sino sacadas las deudas á que está obligado el heredero. Del *primer* axioma nace la conclusion, de que si despues de muerto el testador se aumenta el patrimonio, no aprovecha á los legatarios, y lo mismo si se disminuye. *L. 73. ff. h. t.* De aquí es, que si á la muerte del testador se han hallado doce mil florines (*), y el testador dejó á los legatarios once mil, y despues por la lotería, ó por los productos de minas de metal se aumenta el patrimonio hasta veinte mil, el heredero puede no obstante sacar la cuarta. Del *segundo* axioma colejimos, que la cuarta Falcidia se ha de calcular cuando (a) se hayan pagado las deudas, (b) los gastos de los funerales, (c) los precios que por mandado del testador se deben pagar para manumitir los siervos de otro, (d) los gastos hechos en la aceptacion de la herencia, á los que tambien pertenecen los hechos en el inventario. Despues de sacado todo esto, de lo que reste debe quedar al heredero libre la cuarta parte. Y qué sucede si dicen los legatarios, que aunque los herederos no tengan salva la cuarta parte de los bienes hereditarios del testador, sin embargo han recibido ya tanto por legados y fideicomisos, que no falta nada á la cuarta? hay sin embargo

(*) El florin era una moneda que se usaba antiguamente en España, y equivalia á un real de vellon; mas despues ha entrado en la clase de las monedas imaginarias: todavia subsiste con valor real en algunas partes de Europa, aunque varia segun los reinos.

lugar á sacar esta cuarta? Sí, porque en la cuarta Falcidia no se computa mas que lo que el heredero tiene por el honorífico título de la institucion. En lo cual se diferencia esta cuarta de la cuarta Trebeliánica, en la que se computa todo lo que el heredero reciba del testador, por cualquier título que sea, L. 18. §. 1. ff. *ad Sctum. Trebell.* §. 669.

§. DCLIII.

3) Con igual facilidad se satisface á la última pregunta: á quiénes se cercena esta cuarta. Basta una regla. A todo el que por última voluntad recibe algo por título singular se disminuye esta cuarta. Luego puede disminuirse á los legatarios y fideicomisarios singulares, que Justiniano igualó en un todo á los legatarios, §. 606. 2.; y tambien á los donatarios por causa de muerte, porque esta donacion se asemeja á las últimas voluntades, §. 456. Al contrario, no siendo la donacion entre vivos última voluntad, sino pacto, es evidente que no se estiende á ella la disposicion de la ley Falcidia.

§. DCLIV.

Resta la III. parte de este título, que trata de las causas por las que cesa la ley Falcidia. De estas causas se cuentan aqui once. 1) Si el marido dejase la dote á la mujer. Pues entonces nada puede sacar el heredero, porque la dote se debe íntegra, aunque no se hubiese legado. 2) Cesa esta ley en el testamento del militar, porque es-

tos están dispensados de todas las solemnidades tanto internas como externas, §. 503. 7. 3) En las cosas que el testador prohibió enajenar. Pues ya que el legatario recibe la cosa con una carga, pareceria injusto que se le gravase con otra. 4) Si el heredero se ha metido en la herencia dolosamente. Pues entonces no consta del caudal de la herencia, y por tanto no puede computarse la cuarta. 5) En los legados á las causas piadosas, porque en ellos es grande el favor de estas. 6) Cuando se ha legado la libertad, porque esta no tiene estimacion. 7) Si el testador prohibiese sacar la cuarta. 8) Si el heredero, ó de su libre voluntad, ó por error de derecho pagase íntegros los legados. Pero el primero que permitió al testador la prohibicion contra el fin y reglas de esta ley, fue Justiniano en la *Nov. I. C. 2.* 9) Si hiciese dolosamente el heredero porque faltase un fideicomiso; pues las leyes jamás favorecen el dolo. 10) Si el difunto hubiese ya satisfecho en vida al heredero, dándole el valor de la cuarta Falcidia. Por ejemplo: te doy este prédio con la condicion de que no cercenes nada á los legatarios. 11) Si el heredero no hiciese inventario. En este caso, cómo habia de sacarse la cuarta no pudiendo constar del caudal de la herencia, sino por el inventario?

TITULO XXIII.

De las herencias fideicomisarias, y del senado consulto Trebiliano.

§. DCLV.

Hasta aqui se han examinado dos especies de últimas voluntades; la herencia testamentaria, y los legados; resta la *tercera*, á saber; los *fideicomisos*, de los cuales se trata en los títulos que faltan de este libro.

No podemos encargar nada á la fe de otro sino con palabras suplicativas, y de aqui resulta al momento la definicion. *Fideicomiso* es lo que se *deja con palabras suplicativas ú oblicuas*. En las herencias y legados vimos que era distinto, requiriendo en ellos palabras directas y legales, esto es, imperativas, porque legar era dar la ley en sus cosas. Absurdamente obraria el legislador que usase de palabras suplicativas. Por lo demas el mismo Justiniano nos manifiesta el oríjen de los fideicomisos, §. 1. *Inst. h. t.*, inventados en fraude de las leyes (*). Pues á los que no podia

(*) El fideicomiso se cree fue usado en Roma desde Numa Pompilio, segundo Rey de aquella nacion, por aquellos que morian fuera del territorio romano, y por los que deseaban dejar sus bienes ó parte de ellos á personas prohibidas por la ley de ser herederos, pero que, no obstante, merecian ser remunerados los servicios que habian hecho á los testadores. Pero estos encargos, encomendados á la buena fe y probidad de los herederos, no tenian fuerza obligatoria, y así estaba en su arbitrio

202 *De las herencias fideicomisarias, etc.*

dejarse la herencia ó legados, se les daba algo por modo de fideicomiso. Lo cual se mudó después por el senado consulto Planciano, como advertimos en los coment. á la *L. Jud. y Pap. Pop. Lib. II. cap. 6. p. 192.*

§. DCLVI. DCLVII.

Ya sabemos lo que es fideicomiso. Ahora se pregunta de cuántas maneras es. Se divide en *universal y singular*. *Universal* es cuando se deja á uno por via de fideicomiso, ó toda la herencia, ó parte de *ella*; por lo cual semejante fideicomiso se llama con propiedad en la rúbrica de nuestro título *herencia fideicomisaria*. *Singular*, cuando se deja á modo de fideicomiso una cosa singular, como el jénero, la especie, y la cantidad. De este trataremos en el título siguiente. Respecto del universal se ha de observar aqui que requiere siempre tres personas. 1) El que deja el fideicomiso se llama *fideicomitente*. 2) Aquel á quien se encarga que restituya la herencia que se le ha dejado, se denomina *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad ha colocado singular confianza el testador. 5) Ultimamente, aquel á quien se entrega la herencia es *heredero fideicomisario*, el cual sin embargo por riguroso derecho civil no es heredero, ni sucede en los derechos del difunto, sino que solamente percibe la herencia y los bienes hereditarios, *L. 88. ff. de her. instit.*

cumplir ó dejar de cumplir con ellos, hasta que Augusto se la dió; desde cuyo tiempo los podemos considerar como unos verdaderos testamentos en cuanto á su efecto.

§. DCLVIII.

Esta es la primera division de fideicomisos; sigue otra, á saber; que el fideicomiso es espreso ó tácito. *Espreso es cuando con palabras espresas y claras se encarga á uno que instituya á otro la herencia, ó parte de ella.* Por ejemplo: Sicilio ruega á Atico que entregue á Ciceron la herencia que se le ha dejado. *Tácito*, cuando no se hace mencion de restitucion, y sin embargo se encarga al heredero alguna cosa, de donde puede inferirse que debe restituirla. Por ejemplo: Atico, sé heredero, pero con la condicion de que no hagas testamento. Pues entonces es igual que si hubiese dicho: ruego á Pedro que restituya la herencia á los próximos parientes. De este modo se constituyen frecuentemente los fideicomisos de las familias ilustres, siempre que el testador grava los bienes hereditarios con el fideicomiso de que permanezcan siempre en la familia. Si pues entonces se ha establecido que el mas viejo de la familia posea estos bienes, se llama *seniorazgo*; si se observa el orden de suceder abintestato, de manera que siempre el hermano mayor sea preferido á los mas jóvenes, se llama *mayorazgo*. De estos fideicomisos familiares trató diligentemente Feltmano en el tratado de *pactis familiarum illustrium*.

§. DCLIX. DCLX. DCLXI.

De estos principios fácilmente se infiere: 1) quién puede dejar fideicomisos; á saber: todo el

204 *De las herencias fideicomisarias, etc.*

que puede hacer testamento. Debe pues poder disponer de su herencia, lo que no puede el hijo de familia, el siervo, el extranjero y otros, de que se ha tratado arriba en el *Lib. II. tit. 12.* 2) Por medio de quiénes se pueden dejar fideicomisos? Por todos los que recibieron la herencia ó parte de ella con el título honroso de institucion. No obstante, ninguno puede ser mas cargado que favorecido. Y así seria absurdo el fideicomiso si uno instituyese heredero en la tercera parte, y se le encargase que entregara toda la herencia. Mas puede encargarse al fideicomisario la restitution, por ejemplo: sé mi heredero, Ticio, pero te encargo que entregues la herencia á Mevio, y que este la pase á Sempronio, y así hasta el infinito. 3) A quiénes se puede dejar algo por fideicomiso? A todos los que tienen la testamentifaccion pasiva, ó que pueden ser instituidos herederos. De aquí es, por ejemplo, que si se me hubiese mandado entregar la herencia á un colejio de música, seria de ningun valor este fideicomiso, porque no puede ser instituido heredero un colejio que no está aprobado, §. 549. 5. 4) Dónde pueden hacerse fideicomisos? En el testamento y codicilos. Pues no siendo heredero en rigor de derecho el fideicomisario, §. 657. 2., no es extraño que pueda dejarse en los codicilos el fideicomiso, y no la herencia. A esto se agrega que á veces no hace uno testamento al morir, sino que deja la herencia á los herederos abintestato, y entonces puede ciertamente cargarlos con fideicomisos solo en los codicilos. Por tanto, de esto se infiere que el fideicomiso no requiere en sí ninguna solemnidad, sino solo la presencia

de cinco testigos. Por mejor decir, á veces no hacen falta ni aun testigos si el testador, estando presente el heredero fiduciario, le encarga que entregue á otro la herencia. Pues si entonces niega el heredero, se le puede pedir un juramento, §. *ult. h. t.* 5) Cómo se pueden dejar fideicomisos? Puramente, bajo de condicion, y hasta cierto dia. Y aqui se ha de notar segunda vez la diferencia entre la herencia y el fideicomiso. Pues la herencia no puede dejarse desde cierto dia, §. 544. §. 9. *Inst. de hered. inst.*, y sí el fideicomiso, §. 2. *Inst. h. t.* La razon de esta diferencia se manifiesta en la regla bien conocida, de que ninguno puede morir en parte testado, y en parte intestado, *L. 7. ff. de R. J.* Y esto sucederia si se dejase la herencia hasta cierto dia (*), pero no dejándose el fideicomiso para dia determinado.

§. DCLXII. DCLXIII.

Se suscita ahora una gran cuestion: si el heredero está obligado á cumplir el fideicomiso? Ha de tenerse aqui presente, que antiguamente no producía este ninguna obligacion, sino que se dejaba solamente al pondonor del heredero si queria ó no cumplir el fideicomiso. Lo cual no

(*) Porque mientras llega el dia quedaba abandonada la herencia; porque no podia ir á los herederos abintestato á causa de haber testamento: no podia ir á los herederos testamentarios, porque no habia llegado el dia prefijado por el testador, y mientras quedaba la herencia intestada.

206 *De las herencias fideicomisarias, etc.*

se aparta de los principios del Derecho. Pues solo la súplica de uno nunca me obliga, á no darle palabra de que accedo, porque toda obligacion nace ó de consentimiento, ó de delito. Y habia prometido el heredero fiduciario al testador que haria lo que este le suplicaba? Asi se observó hasta los tiempos de Augusto. Pues refiere Justiniano, que muriendo en Africa Lucio Léntulo habia instituido herederos á Augusto y su hija, suplicándoles en los codicilos que entregasen varios fideicomisos, y Augusto no solo los cumplió todos, sino que por consejo del célebre juriconsulto Cayo Trebacio, estableció que todos los herederos estuviesen obligados á prestar los fideicomisos. Porque esta historia se refiere solo en las Instituciones, y especialmente porque no se halla Lucio Léntulo en los fastos consulares, hay quienes la juzgan manifiestamente falsa. Pero Reinesio fue el primero que dispó esta duda en sus *Inscr. Class.* 10. n. 3. p. 567., donde claramente manifiesta por un mármol, que este Lucio Léntulo fue cónsul con Marco Mesala el año 751 de la fundacion de Roma. Al principio encargó Augusto á los cónsules que apremiasen á los herederos á cumplir los fideicomisos: despues creó Claudio dos pretores fideicomisarios que no entendiesen en otros asuntos mas que en los fideicomisos; Suet. *Claud.* c. 23. Sin embargo, despues de los tiempos de Claudio se reunió la jurisdiccion de los cónsules y pretores acerca de las herencias fideicomisarias, segun consta de Ulpiano. *Fragm. tit.* 25. §. 2. Quintil. *Inst. Orat. lib.* III. c. 6.

§. DCLXIV. DCLXV.

Aunque estableció esto Augusto tan prudentemente, no obstante, nació otro inconveniente mucho mayor, esto es, que se abandonaban la mayor parte de los testamentos. Pues sucediendo el heredero en todo el derecho del difunto, está tambien obligado á pagar las deudas. Y quién seria tan necio que quisiese aceptar la herencia que sabia debia de restituir, de manera que á él le quedasen solo las deudas? De aqui, á la verdad, resultaba que la mayor parte mas querian repudiar la herencia que cargarse con las deudas y dar á otro los bienes, L. 2. §. 2. *ff. ad Sc. Treb.* Y si se hacia esto, ni el heredero ni el fideicomisario recibian nada, y destruyéndose el testamento, venia á quedar la herencia abintestato. Lo cual, siendo contrario á los deseos de los que morian, á quienes tanto favorecian la leyes, en tiempo de Neron meditó el senado el modo de proveer de remedio á este inconveniente; formándose por consejo de aquel el senado consulto Trebeliano en el año 714 de la fundacion de Roma, en las calendas de Setiembre, siendo cónsules L. Anco Séneca, cuyas obras filosóficas existen, y Trebelio Máximo. Por este senadoconsulto se estableció: 1) que si el heredero entrega á otro la herencia por fideicomiso, no pague él solo las deudas, sino tambien el fideicomisario á prorata. Y por tanto, si se le mandaba entregar toda la herencia, tambien el fideicomisario tenia que pagar todas las deudas. Si solo entregaba parte, tambien por razon de ella pasa-

ban las obligaciones al fideicomisario. Y por tanto, si por ejemplo, el heredero tuviese la cuarta parte, tambien pagaba la cuarta parte de las deudas, y lo demas correspondia al fideicomisario. Asi se ha de entender el senado-consulto Trebeliano, que se describe en la L. 1. ff. de *Scto. Treb.* §. 4. *Inst. h. t.*

§. DCLXVI. DCLXVII. DCLXVIII.

Empero ni aun se habia salvado la dificultad. Pues aunque el heredero estaba libre de carga, porque no tenia que pagar ninguna denda; sin embargo, son los hombres de tal naturaleza, que no quieren hacer nada sin esperanza de lucro. Y de aqui es que los herederos fiduciarios repudiaban las herencias, porque aunque no les sobrevenia daño, no obstante, entregando toda la herencia tampoco esperaban ningun interes. Por lo cual segunda vez pensó en el remedio el senado en tiempo de Vespasiano. Se ignora el año, aunque las leyes conservaron los nombres de los cónsules. Estos fueron Pegasio y Pusio, aquel muy célebre jurisconsulto que dió su nombre á los Pegasianos. Del primer cónsul tomó nombre el senado-consulto, y se llamó *Pegasiano*. Por él se establecieron dos cosas: 1) que esté obligado el heredero á aceptar la herencia y entregarla: 2) que si se le manda restituir toda la herencia ó gran parte de ella, retenga salva la cuarta parte al menos, y si no la tuviese salva, que la disminuya á ejemplo de la Falcidia, §. 2. §. 6. *Inst. h. t.* Tales eran estos senados-consultos. A uno y otro les faltaba algo: el Trebeliano

libertaba al heredero de las cargas, pero no le concedia ningun interes: el Pegasiano le proporcionaba lucro, mas no le eximia de las deudas. De aqui es que en aquellos tiempos tenia que mirar el heredero si le quedaba ó no salva la cuarta. Si lo primero, entregaba la herencia por el senado-consulto Trebeliano; y asi se dividian las deudas entre él y el fideicomisario. Si no tenia salva la cuarta, la sacaba en virtud del senado-consulto Pegasiano, pero entonces tenia que pagar todas las deudas, á no ser que mediando estipulacion obligase al fideicomisario á que se cargase con algunas, §. 6. *Inst. h. t.* Sobre lo cual cualquiera podia engañarse si era desconocida la deuda ó dudaba cuantas habia en la herencia.

§. DCLXIX. — DCLXXI.

Habiéndolo advertido Justiniano, y pensando en el remedio, reunió en uno los senados-consultos Trebeliano y Pegasiano. No existe la constitucion que salió á luz con este motivo, habiéndose perdido con el código Justiniano. Pero el §. 7. *Inst. h. t.* contiene su disposicion en breves palabras. A saber: quiso que se tuviesen en adelante por uno solo los dos senados consultos, de suerte, que abolido el nombre de senado-consulto Pegasiano, se llamase solo Trebeliano; lo que sin duda le agradó asi por favorecer mas á los Sabinianos que á los Proculyanos, al frente de cuya escuela estaba Pegaso. De aqui es que en el día no existe en las Pandectas el título de *Scto. Pegasiano*, sino solamente del Trebeliano.

2) Que la cuarta que ha de sacar el heredero, se

210 *De las herencias fideicomisarias, etc.*

llama Trebeliánica, y no Pegasiana, no obstante que antes llevaba este último nombre. En cuanto á lo demas, de aquella mezcla de senado-consultos se sigue: 1) que el fiduciario puede sacar la cuarta si no la tuviese salva; ó si la pagase por error de hecho, puede repetirla por la condición *indebiti*, §. 7. *Inst. h. t.* Dijimos que se habia introducido á ejemplo de la cuarta Falcidia, entre la cual y la Trebeliánica hay sin embargo estas diferencias: 1) que aquella se saca á los legatarios y fideicomisarios singulares; esta á los fideicomisarios universales. 2) Que en aquella solo se considera lo que el heredero recibe por el título honroso de institucion; en esta cuanto deja el testador al heredero por cualquier título, y aun los frutos percibidos de la cosa, L. 18. §. 1. L. 22. §. 2. *ff. ad Sctum. Trebell.* Por lo demas esta cuarta la saca el heredero fiduciario, y por tanto no el fideicomisario, si se le manda entregar á otro la herencia. De aqui es, que si Ticio dejando una herencia de veinte mil florines, encarga al primer heredero que entregue la herencia al segundo, y á este que la restituya al tercero, el primero saca cinco mil y entrega quince mil, mas el segundo restituye los quince mil sin retener para si nada. L. 2 §. *ult. ff. eod.* Aqui corresponde la famosa cuestion de si gravado el hijo ó nieto con fideicomiso por el padre ó abuelo (lo que no puede hacerse en la legítima), puede deducir aquel ademas de la legítima la cuarta Trebeliánica? Por ejemplo: Ticio deja un hijo único, y le nombra heredero en sus bienes, que son treinta mil. Ahora bien, no pudiendo el hijo ser gravado en la legítima, deducirá

primero su porcion legítima, esto es, diez mil. Pero se pregunta: sacará tambien de los restantes veinte mil la cuarta Trebeliánica? por el derecho canónico se afirma en les dos célebres capítulos *Rainutius et Rainaldus X. de testam.* Mas por derecho civil lo niega la mayor parte, aunque á mi juicio falsamente. Pues 1) en la L. 5. *C. ad Sc. Treb.* se dice, que antes de sacarse la cuarta Trebeliánica se han de deducir las deudas; y en la L. 8. §. 8. *de inoff. testam.* se llama á la legítima cuarta de la porcion debida, y por tanto respecto del padre es como deuda. 2) Hay claros vestijios de este derecho en la L. 6. *pr. C. Sc. Trebell.*, donde no solo se concede al hijo la cuarta Trebeliánica, sino tambien la Falcidia, por la cual se entiende en aquella ley la porcion legítima que dijimos introdujo la ley Falcidia, §. 527. 2., para que se dividan las obligaciones á prorata entre el fiduciario y fideicomisario: esto es, que pague el fiduciario tanta parte de deudas, cuanta parte de bienes retenga; y cuanta parte llegue tambien al fideicomisario, tanta parte pague, §. 7. *Inst. h. t.* Sin embargo, cesa esta conclusion, (a) si instituido uno heredero en cosa determinada se le mandase entregar las otras. Pues en aquella cosa determinada se le tiene por legatario, y el legatario no paga ninguna deuda, §. 9. *Inst. h. t.* (b) Si el fiduciario acepta forzado la herencia. Pues entonces parece indigno del beneficio que las leyes conceden por cumplir con la confianza del testador, §. 7. *Inst. eod.* 3) Que pueda obligarse al heredero á aceptar y entregar la herencia, §. 7. *Inst. h. t.* Pues si aun en otro caso la misma equidad nos dicta la regla de

212 De las herencias fideicomisarias, etc.

que estamos obligados á hacer lo que no nos daña y aprovecha á otro; cuánto mas obligado no estará aquel á quien las leyes no solo libertan de las cargas, sino que le remuneran con algun interes, á saber, el que pueda sacar para sí la cuarta parte de toda la herencia, si la acepta voluntariamente?

§. DCLXXII.

Vimos hasta aqui lo que es la cuarta Trebeliánica, y cómo puede sacarse; falta que observemos cuando cesa esta rebaja. Cesa pues 1) en el testamento del militar, porque la voluntad de este ha de cumplirse cualquiera que ella sea, L. 7. *C. ad Leg. Falcid.* 2) Si el testador prohibiese la rebaja. *Nov. I. c. 2. §. 2.* Pero ya observamos al §. 666, que Justiniano introdujo esta contra el espíritu y contra los mismos principios de los lejisladores. Pues á la verdad, habiéndose inventado la cuarta Falcidia y Trebeliánica, no en favor del testador, sino del heredero instituido, cómo pudo concederse al testador sin ofensa de la justicia renunciar al derecho introducido en favor de otro? No obstante, así lo permitió Justiniano en la *Nov. I.* 3) Si el heredero por ignorancia del derecho entregase toda la herencia, L. 9. *C. ad Leg. Falcid.* Pues aunque por otra parte, lo que se paga indebidamente puede repetirse por la condicion *indebiti*, sin embargo, no procede lo mismo en lo que se paga por error de derecho, L. 10. *C. L. 9. pr. ff. de jur. et fact. ignor.*, sino solamente en lo que se paga indebidamente por error de hecho. Por tanto, si por

ejemplo entrega uno toda la herencia porque ignora que existe en su favor este beneficio del senado consulto Trebeliánico, no puede repetir lo que paga por este error. Empero si entrega toda la herencia juzgando que el testador era militar no siéndolo, puede repetir lo que diese mas del dodrante. 4) Si deja de hacer inventario. Y 5) si ya tiene esta cuarta á juicio del testador. Mas de estos dos casos ya hablamos en el *Tit. de la L. Falcid.* §. 654. 7) Si admitiese por fuerza la herencia, §. *Inst. h. t.*, de cuyo caso hemos tratado en el párrafo anterior.

TITULO XXIV.

De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.

§. DCLXXIII. DCLXXIV.

Hemos tratado de los fideicomisos universales, que Justiniano llama con propiedad *herencias fideicomisarias*; siguen los *fideicomisos singulares*, de que hablaremos con mas brevedad, por cuanto ya al §. 606. 2., advertimos que Justiniano igualó en un todo estos fideicomisos y los legados, de manera que no hay ninguna diferencia entre ellos en cuanto á su efecto. Todas las disposiciones pues del derecho que notamos acerca de los legados, las mismas valen en los fideicomisos. Los que pueden legar tambien pueden dejar fideicomisos: á los que se puede dar legados tambien fideicomisos: las cosas que se pueden legar tambien se dejan por fideicomiso.

214 *De las cosas sing. dejadas por fideic.*

Para decirlo de una vez, de tal modo se han igualado los legados y fideicomisos, que sería necesario repetir aquí todo el prolijo título de los legados, si quisiésemos tratar todas las cuestiones de los fideicomisos singulares.

§. DCLXXV.

Pero aunque en cuanto al efecto del derecho no conozcamos ya ninguna diferencia entre los legados y fideicomisos singulares, no obstante todavía existe alguna. 1) *En las palabras.* Pues los que se dejan con palabras imperativas, se llaman legados; los que con palabras suplicativas, fideicomisos, §. 2. *Inst. h. t.* 2) *En el modo de dejar el fideicomiso.* Pues los legados no pueden dejarse sino en presencia de cinco testigos; y en los fideicomisos no se requiere ningun testigo si el testador ruega al heredero, estando presente, que cumpla con el fideicomiso, *L. ult. 5. de fideicomis.* Si se pregunta, cómo puede probarse que el testador dejó el fideicomiso, si no lo presencié ningun testigo, la respuesta puede tomarse de la misma ley, á saber; se puede exigir juramento al heredero de si se lo ha dejado encargado algo, y de no querer jurar tendrá que cumplir el fideicomiso. Y si jura en falso? Entonces no hay que responder. No hay otro medio de averiguar la verdad. El juramento, como dice el apóstol, es el fin de todo pleito.

TITULO XXV.

De los codicilos.

§. DCLXXVI.

Nada falta de la doctrina de últimas voluntades sino el título de *codicilos*. Trátase de ellos en este último lugar, porque así como las herencias pueden dejarse solamente por testamento, así los legados y fideicomisos se mandan también en los codicilos, como que son cuasi testamentos. Por tanto se ha de considerar: 1) qué significa la palabra codicilo, §. 677: 2) cuál es el origen de los codicilos, §. 678. 679: 3) qué es codicilo, y de cuántas maneras, §. 680. 681: 4) cómo se hacen, §. 682, 684: 5) qué es cláusula codicilar, §. 685. 687.

§. DCLXXVII.

I. En cuanto á la significacion, los codicilos son lo mismo que *cartas*; y así usa Ciceron frecuentemente de este vocablo. *L. IV. ep. 12. L. VI. ep. 18. Lib. XII. ad Alt. ep. 8.* Y de aquí es que también son codicilos de los príncipes los rescriptos ó epístolas de los emperadores. *L. 41. ff. de excus. L. 1. C. ut. omn. jud. Sueton. Claud. c. 29.* No obstante, al principio se denotaban con este vocablo las cartas que se enviaban, no á los ausentes, sino á los que habitaban en la misma ciudad; cuyas cartas solemnes hoy día llaman *bi-*

lletes. Y á esto se refiere el elegante pasaje de Séneca que se lee en su *Ep.* 55.

§. DCLXXVIII. DCLXXIX.

II. Acerca del orijen de los codicilos se ha de repetir todo lo que se dijo arriba en el §. 663. del orijen de los fideicomisos. A saber: 1) muchas veces los testadores escribian codicilos á los herederos encargándoles en ellos que hiciesen ó diesen algo, y estos codicilos se escribian en forma de cartas; de suerte, que hasta vemos en ellos la forma solemne epistolar: Lucio Ticio, saluda á su heredero Seyo. L. 56. *ff. de fideicomiss. hered.* 9) Asi como la epístola no obliga á nadie á que haga lo que se le encarga, igualmente estaba en la facultad de los herederos cumplir ó no con los codicilos, hasta el tiempo de Augusto. 3) Ya mostramos arriba, §. 663, como Augusto impuso á los herederos la obligacion de hacer lo que se les encargase, esponiendo toda la historia de L. Léntulo, que nombró heredero á Augusto, y le gravó en los codicilos con varios fideicomisos. Puede añadirse aqui la disertacion del doctísimo Nicolas Jerónimo Gundlinjio *sobre el jurisconsulto C. Trebacio Testa*.

§. DCLXXX. DCLXXXI.

III. Llagamos á la definicion y division. Codicilos son *la voluntad menos solemne de los testadores ó de los intestados*. Por tanto, los testamentos y codicilos convienen en que unos y otros son la espresion de la voluntad; mas se diferencian: 1)

en que el testamento es una última voluntad *solemne*; el codicilo menos *solemne*. 2) Cuando se hace testamento no pueden suceder los herederos abintestato, y los codicilos pueden hacerse ya quiera uno morir testado ó intestado. 3) En que en el testamento la cabeza ó fundamento es la institucion de heredero, y en los codicilos no puede dejarse heredero, y sí solamente legados y fideicomisos. De aqui se infiere claramente de cuántas maneras son los codicilos. Unos son *escritos*, que se reducen á escritura; otros *nuncupativos*, que se profieren de viva voz. Pues aunque los codicilos sean cartas, §. 677, y por otra parte parezca que envuelve contradiccion que la epístola sea de palabra, no obstante ha de subsistir esta division de los codicilos, porque se ha introducido á ejemplo de los testamentos, que tambien dijimos §. 391, que se dividian en escritos y nuncupativos. Ademas se ha de tener presente otra division, á saber; que los codicilos se hacen por el que muere *testado*, ó por el que queda *intestado*, §. 1. *Inst. h. t.* Aquellos son cuando se hace testamento; estos cuando uno muere sin hacerlo. Aquellos se llaman tambien *codicilos confirmados por testamento*, bien preceda el testamento á los codicilos, ó bien sea posterior á ellos. Ni importa que se haga ó no mencion de ellos en el testamento, §. 1. *Inst. h. t.* A lo que no obsta la L. 5. *ff. h. t.* Pues solamente quiere Papiniano que el testamento no contradiga á los codicilos hechos anteriormente.

§. DCLXXXII. — DCLXXXIV.

IV. Tocante á los derechos de los codicilos, se derivan de su misma definicion. De ella inferimos: 1) que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, L. 6. §. 3. L. 8. §. 2 *ff. de jur. codic.*; pues los codicilos no son otra cosa que testamentos menos solemnes. 2) En los codicilos no puede nombrarse heredero, pues la institucion de heredero es solemne, y por tanto no puede hacerse sin solemnidades. De lo que tambien se manifiesta, que ni la desheredacion ni la sustitucion puede hacerse en los codicilos. L. 6. *pr. L. 10. ff. h. t.* Qué puede pues hacerse en los codicilos? Legar, dejar fideicomisos, donar por causa de muerte, y aun el tutor puede darse en codilos confirmados por testamento. §. 213. 2. Si se ha dado el tutor en codicilos no confirmados por testamento, no está bien dado; pero no obstante suele confirmarse por el magistrado. §. 216. Véase la L. 3. *pr. ff. de test. tut. L. 1. §. 2. ff. de confirm. tut.* 3) Pueden hacerse muchos codicilos con tal que no se contradigan unos á otros, §. 3. *Inst. h. t.* En los testamentos es muy diverso; porque ningun paisano puede morir con dos testamentos, §. 491. 4; y por tanto el posterior siempre rompe el anterior. Pero en los codicilos, por cuanto no disponemos de todos los bienes, fácilmente pueden tener efecto muchos de aquellos. 4) Los codicilos no exigen ninguna solemnidad. Con todo, confesamos que requieren la presencia de cinco testigos, L. 20. §. 6. *ff. qui test. fac.*, ó de seis

en el codicilo del ciego, *L. C. qui test. fac.* Pero estos testigos no concurren por solemnidad, sino para prueba. Y de aqui es, que ni debian ser rogados solemnemente, y podian serlo las mujeres, como demostramos en los escolios contra el parecer del ilustre Reinaldo. Advertimos ademas que en el testamento no pueden ser testigos los herederos, y sí los legatarios; al contrario de los codicilos, donde pueden serlo los herederos, y no los legatarios. La razon es porque en el testamento se hace el negocio entre el testador y el heredero, y en los codicilos parece que es entre el testador y el legario. Y ni en uno ni en otro caso puede uno ser testigo en causa propia. §. 10. 11. *Inst. de test. ordin.*

§. DCLXXXV. — DCLXXXVII.

V. Resta saber, qué es *cláusula codicilar*, y qué efecto tiene. Esta cláusula suele añadirse á los testamentos, y es en estos términos: *si el testamento no fuese válido como testamento, quiero que valga en clase de codicilo.* Asi se halla esta cláusula en la *L. 41. §. 3. de vulg. et pupill. subst.* A lo que suelen añadir los escribanos: *valga como legado, fideicomiso, donacion por causa de muerte, ó por cualquier otro mejor modo que pueda valer.* De esto, parte es en valde, parte supérfluo. Por lo demas se atribuye á esta cláusula tanto efecto, que los pragmáticos la llaman *yerba betónica*, que sana todos los vicios de los testamentos. Empero manifestamos que no sana 1) el defecto de solemnidad interna, por ejemplo, la pretericion de los hijos. 2) El defecto de vo-

luntad. Pues si, por ejemplo, se forzase al testador á testar, ó no estuviese en su cabal juicio, no aprovecharia esta cláusula. 3) El defecto de adición de la herencia. Pues repudiada esta, queda abandonado el testamento, y se destruye aunque contenga mil cláusulas semejantes. Qué uso tiene para esta cláusula? Que si asisten cinco testigos, vale el testamento como fideicomiso, L. 29. §. 1. ff. *qui test. fac. poss.* Todos los demas efectos que ponderan Gailio, Estrikio y Sandio, son un mero comento de los jurisconsultos.



LIBRO TERCERO.

TITULO I. HASTA EL TITULO XIII.

De la antigua sucesion abintestato.



§. DCLXXXVIII. DCLXXXIX.

AUNQUE es costumbre de las academias pasar por alto estos trece títulos, como solamente comprensivos del Derecho antiguo (por cuanto Justiniano, promulgado ya su código, publicó la Nov. CXVIII., por lo cual mudó toda la sucesion abintestato), sin embargo, para que no ignoremos enteramente el antiguo orden de suceder, le esplicaremos en pocas reglas, siendo la principal y el fundamento de todas las demas, que 1) *los antiguos miraban en la sucesion al estado de familia*; y por consiguiente todos los que no eran de la familia, tampoco participaban de la herencia. De aqui venia la regla 2) *de que solo se debian admitir á la herencia los hijos suyos, mas no los emancipados*; porque estos ya no son parte de la familia, y por lo mismo no son admitidos á la herencia, segun la regla primera. 3) *No habiendo hijos suyos, los que entraban á suceder eran los*

222 *De la antigua sucesion abintestato.*

agnados, y si habia muchos, los mas cercanos; pues como estos son allegados por parte de padre (§. 220.), solo ellos son de la familia, y no los cognados, acerca de los cuales se ha de notar la siguiente regla: 4) *los cognados no suceden por derecho civil, mas con todo son llamados por el pretor juntamente con los agnados por el edicto de cognatis;* pues muchas veces el pretor daba la posesion de los bienes á aquellos á quienes las leyes civiles no admitian á la herencia. (§. 65.) 5) *El mismo pretor, no habiendo ningunos hijos, ni agnados, ni cognados, daba la posesion de los bienes al marido ó á la mujer por el edicto Unde vir et uxor.* Pero esto se debe entender de la mujer que no habia entrado en la potestad del marido por confarreacion, coencion ó uso; porque si habia entrado bajo dicha potestad, se consideraba hija de familia, y heredaba como tal. (§. 116). La sexta regla 6) es que *muriendo un liberto sin hijos, la herencia pasaba al patrono, ó faltando este á sus hijos;* porque considerándose el patrono como agnado, y aun como padre del liberto (§. 3), no podia menos de ser su inmediato sucesor. Asi se sucedia por derecho antiguo: mas como, segun dejo dicho, le mudó todo Justiniano, resta que hablemos con mas detencion de este nuevo modo de suceder.

De la sucesion abintestato segun la Nov. CXVIII.

§. DCCXLI. DCCXLII. DCCXLIII.

Ante todas cosas se debe examinar en qué fundamento apoyó Justiniano el orden de suce-

sion inventado por él. Sobre esto diremos en pocas palabras, que siguió el principio (que Grocio en el *lib. II. cap. VII.* refiere haber sido tambien admitido por otras naciones), de que con justicia debe ser el inmediato á la sucesion aquel á quien parezca haber amado mas el difunto. Ahora bien; por todos los filósofos con el mismo Aristóteles está observado que el amor descende; que si no tiene á donde descender, asciende; y que si tampoco puede ascender, entonces se aparta hácia los lados. En efecto, la experiencia enseña que cada uno ama á sus hijos mas que á nadie, y despues de los hijos á los padres y colaterales; y el natural amor á los hijos supera tanto al amor á los padres, que hay un proverbio muy trivial que dice, *mas fácil es que un padre sostenga á veinte hijos, que veinte hijos á un padre.* Una vez pues admitido este principio, no pudo menos Justiniano de establecer tres órdenes de sucesion; en términos que 1) sean admitidos los *descendientes*; no habiéndolos 2) los *ascendientes*; y faltando tambien estos 3) los *colaterales*. Y subsidiariamente admitió despues de estos, ó al mismo tiempo que estos, á los *cónyuges*, y por último al *fisco* (*) en caso de no haber heredero alguno.

(*) En los primeros tiempos de Roma solo habia un tesoro público, llamado *erario*, donde se reunian todos los caudales de la república destinados á sostener sus cargas; pero bajo la dominacion de los Emperadores se empezó á conocer otro tesoro, cuyos caudales se destinaron para el gasto de los Emperadores, llamado *fisco*; y Tiberio fue el primero que le separó del *erario*: ademas los Emperadores tenian sus bienes heredados ó adquiri-

De la sucesion de los descendientes.

§. DCCXLIV.

Queda dicho que antes que todos deben ser llamados los descendientes, por los cuales entendemos aqui todos aquellos que efectiva y naturalmente son hijos ó descendientes nuestros, ó los reputan tales las leyes civiles. De aqui es que debe tratarse con órden y claridad de la sucesion 1) de los lejítimos; 2) de los legitimados; 3) de los adoptivos, y 4) de los ilejítimos.

§. DCCXLV.

Acerca de los *descendientes lejítimos* ha de observarse la regla de que todos indistintamente suceden á sus padres. Luego no hay aqui diferencia entre los grados, pues que son llamados asi los nietos como los biznietos y demas, con tal que no tengan padre que sea mas cercano. Ni tampoco hay diferencia entre los sexos, porque aunque antiguamente las mujeres eran escluidas de la herencia por la ley Voconia (como nos enseña Jac. Perizonio en su *disert. de lege Voconia*), la opulencia de Roma fue causa de que despues del reinado de Augusto se destruyese esta ley,

dos, y se llamaban el *patrimonio del principe*. Pero en la decadencia del imperio se confundieron el erario y el fisco, y los Emperadores usaron como dueños absolutos de todos los caudales públicos del estado, tan respetados durante la república.

segun sabemos por Aulo Jelio. (*Noct. Att. lib. cap. 1.*) Ademas tampoco hay diferencia alguna entre los suyos y los emancipados; pues no atendiéndose ya al estado de familia, lo mismo da que esten bajo la patria potestad que emancipados; puesto que el amor, que puso por fundamento Justiniano, no pende de tener á los hijos en su poder, sino del oríjen de la sangre. Por último, ya no hay tampoco diferencia entre la sucesion paterna y la materna. Es verdad que por derecho antiguo no sucedian los hijos á la madre, á no ser que el senado-consulto Orficiano los admitiese, ni tampoco las madres á los hijos antes del Scto. Tertuliano, que admitió á las madres que tenian el derecho de tres hijos (§. 696.) Pero Justiniano, que habia atendido al amor, que en las madres suele no ser menor que en los padres, quiso tambien que los descendientes sucediesen á la madre y familia materna, igualmente que á la paterna.

§. DCCXLVI.

Mas aunque como dije, suceden todos los descendientes que no tienen padre mas cercano, sin embargo no todos reciben la misma porcion. Sobre esto deben distinguirse tres casos. 1) Si hay solo hijos de primer grado, suceden por cabezas; que es decir, que se hacen tantas porciones cuantos son los hijos. Por ejemplo: en la *fig. 1.^a, lam. 1.^a*, si el padre ó la madre deja cuarenta mil, cada hijo tomará diez mil, porque son del primer grado, y por eso suceden por cabezas. 2) Si solo hay hijos de grados ulteriores,

226 De la sucesion de los descendientes.

todos ellos suceden por estirpes, que es decir, que no se hacen tantas porciones como cabezas, sino tantas como estirpes. Verbigracia, en la *fig.* 2.^a el primero y el segundo tomarán de la herencia de arriba diez mil; el tercero, el cuarto y el quinto diez mil; otros diez mil el sexto y el séptimo, y diez mil el octavo solo; porque habiendo en este caso cuatro estirpes, deben tambien hacerse cuatro partes ó porciones. 3) Si al mismo tiempo hay hijos del primer grado y de los ulteriores, entonces los primeros suceden por cabezas, y los últimos por estirpes. En la *fig.* 3.^a el primero tomará diez mil; el segundo y el tercero juntos diez mil; el cuarto solo diez mil, y el quinto, sexto y séptimo otros diez mil.

§. DCCXLVII.

Asi se verificaba la sucesion de los hijos en caso de ser todos de un mismo matrimonio. Y si no eran de uno mismo, sino de *diversos*? Entonces cada uno sucede solo á su padre; y la herencia del padre comun la dividen todos entre sí igualmente. En la *fig.* 4.^a, por ejemplo, el tercero, que es el padre, tuvo de la primera mujer al cuarto, y de la segunda al quinto. Pues el cuarto solo sucede á la primera, el quinto solo á la segunda, y la herencia del tercero, padre comun, la dividen ambos igualmente.

§. DCCXLVIII.

Hemos tratado de los hijos legítimos; ahora vamos á hablar de los *legitimados*. Y como la le-

jitimacion se hace hoy ó *por subsiguiente matrimonio*, ó *por rescripto del príncipe*, en el primer caso se ha de observar la regla de que *los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden con el mismo derecho que los legítimamente nacidos*; mas por lo que toca á los legitimados por rescripto del príncipe, se debe distinguir si han sido ó no legitimados con el objeto de que sucediesen: en el último caso nada absolutamente reciben de la herencia paterna; en el primero son admitidos con tal que sean solos; mas si hay otros hijos legítimos, debe quedar á estos salva la porcion legítima. Empero si ha de decirse la verdad, este derecho no se funda en niugun texto espreso, aunque de ser esta la práctica comun da testimonio el juriscónsulto Galio. (*Lib. II. Obs. 142.*)

§. DCCXLIX.

Signen los hijos *adoptivos*; los cuales, como mientras están bajo la patria potestad tienen el mismo derecho que los naturales, es consiguiente que deben suceder con el mismo derecho. Con todo hay aqui dos cosas singulares que notar: 1) que los adoptivos suceden al padre y á los parientes de este, mas no á la madre ni á la mujer del padre adoptivo ni á los parientes de ella; por cuanto la adopcion no da el derecho de cognacion, sino tan solo el de agnacion. (§. 182.) *L. 22. D. de adopt.* Y 2) que segun el derecho feudal los adoptivos ni aun suceden á los agnados; pues como los feudos tan solamente recaigan en aquellos á quienes llama la ley ó el señor directo por el primer pacto feudal: espresado en las cartas

228 De la sucesion de los descendientes.

de investidura, ya se deja conocer que no está en arbitrio del vasallo adoptar estraños que ocupen el lugar de los hijos naturales.

§. DCCL.

Entre los descendientes resta hablar de los *ilejítimos*; los cuales, como no tienen padre por derecho romano, solo suceden á la madre, que siempre es cierta ó conocida. *L. 2. D. inde cognat.* Tal es la regla: cuyas escepciones vamos á notar, y son: 1) que los ilejítimos no suceden al padre ni á la madre si han nacido de incesto, ó de cópula nefanda, como que estos, segun la *Novela LXXXVIII. §. 4.*, ni siquiera reciben alimentos, es decir, correspondientes á la condicion ó clase de sus padres. 2) Tampoco los espúrios, esto es, los que no tienen padre conocido, reciben absolutamente nada, ni aun de la madre si esta es de condicion ilustre. Y aqui pertenece la *L. 5. C. ad Sctum. Orphitianum*, en que con bastante ridiculez filosofa de esta manera Justiniano: *Sanctimus, itaque, ut neque ex testamento, neque abintestato, neque ex liberalitate inter vivos habita, justis liberis existentibus, aliquid penitus ab illustribus matribus ad spurios perveniat: quum in mulieribus ingenuis et illustribus, quibus castitatis observatio praecipuum debitum est, nominari spurios satis injuriosum, satisque acerbum, et nostris temporibus indignum esse judicemus, et hanc legem ipsi pudicitiae, quam perpetuo colendam censemus, dedicamus.* ¡Como si fuera digna del privilegio del pudor y castidad la que manchó su ilustre nacimiento con el torpísimo desenfreno del estu-

pro! y como si no hiciera ella á su sangre mayor injuria que al espúrio á la madre! 3) A veces tambien sucede al padre el ilejítimo si (a) ha nacido de mujer honesta, es decir, de concubina, y de padre conocido, y (b) si no hay hijos lejítimos que le escluyan; pues entonces, segun la *Nov. LXXXVIII.*, recibe el restante de los bienes paternos que debe dividir con la madre.

De la sucesion de los ascendientes.

§. DCCLI. DCCLII.

Dejamos dicho, que no habiendo posteridad no tiene el amor á donde descender, y que por lo mismo asciende. De aqui se infiere que la sucesion es ordinariamente recíproca, y que por tanto los padres á quienes sucedan los hijos, suceden tambien á los hijos. Mas como el derecho de representacion no puede tener lugar entre los ascendientes, se deben observar las reglas siguientes. 1) Entre los ascendientes los mas cercanos escluyen á los mas remotos, y si son de la misma línea dividen la herencia por cabezas. Verbigracia, en la *fig. 5.^a*, muerto el segundo, la herencia del primero pasa á la tercera sola (que es la madre), aun cuando en la misma figura hay ademas el cuarto, el quinto y la sexta (que son abuelos y abuela). Si el segundo vive aun dividirá la herencia por partes iguales con la tercera.

§. DCCLIII. DCCLIV.

Regla II. Si solo quedan ascendientes, ellos solos son herederos. Mas si el difunto tuvo al mismo tiempo hermanos y hermanas por parte de padre y madre, ó hijos de ellos, son admitidos juntamente, en términos que los padres sucedan por líneas, los hermanos y hermanas por cabezas, y los hijos de hermanos y hermanas por stirpes. Asi, por ejemplo, en la *fig.* 6.^a son admitidos á la herencia de Seyo el primero, la segunda, el tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, nono, y décimo; pero solo se hacen seis partes, una de las cuales toca al primero y á la segunda; otra al tercero; la tercera al cuarto; la cuarta al quinto; la quinta al sexto y séptimo, y la última al octavo, nono y décimo. Esta regla única y esta sola figura comprende todos los casos que pueden ocurrir en la sucesion de los ascendientes, con tal que se añada la regla III del párrafo siguiente.

§. DCCLV.

Regla III. *Los hijos de hermanos carnales son admitidos por derecho de representacion, si concurren con hermanos y hermanas carnales.* Porque si son solos, los escluyen los ascendientes. Por ejemplo: en la *fig.* VII. solo el primero (que es el abuelo) recibe la herencia de Seyo, y son escluidos el segundo, y todos los demas hijos de

los hermanos. En estos términos se verifica la sucesion de los ascendientes, acerca de la cual debe ademas observarse que esta herencia se llama elegantemente *Luctuosa* (*), porque siendo así que de los otros herederos casi siempre se dice que se alegran, solo los padres suceden contra sus deseos, y mudándose el orden de la naturaleza, son herederos de aquellos que deseaban les sucedieran.

§. DCCLVI. DCCLVII.

Todavía puede moverse la cuestion, de si los padres suceden á los hijos legitimados, adoptivos é ilejitimos. Pero fácilmente podrá responderse á ella si se observa lo que advertimos al principio de esta seccion, á saber: que por lo regular es recíproca la sucesion entre ascendientes y descendientes. Asi pues, 1) por cuanto los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden lo mismo que los legitimos, tambien los padres suceden á ellos. 2) Los arrogados y adoptivos tan solo suceden á los padres bajo cuya potestad se hallan, y no á las mujeres de estos, y por eso tambien á los adoptivos sucede el padre solo, y no la madre, que no se hace tal por la adopción. Por cuanto los ilejitimos solo suceden á la madre; de aqui es que solo esta es heredera de los hijos

(*) En España se llamaba *luctuosa* el derecho que tenían los señores y prelados de que sus súbditos les dejasen alguna cosa al morir, que regularmente era alguna alhaja del difunto, si este no hacia testamento, ó no dejaba manda alguna en él.

252 *De la sucesion de los ascendientes.*

ilejítimos. Y por la misma razon tampoco la madre ilustre puede ser heredera de los espúrios, en atencion á que estos nada toman de su herencia por la *L. 5. C. de Scto. Orph.* En una palabra, esta sucesion siempre es recíproca, escepto en un caso, es decir, si la adopcion es menos plena, ó lo que es lo mismo, si un extraño adoptare el hijo ó hija de otro extraño, que entonces aunque este hijo ó hija sucede *abintestato* al adoptante, no asi el adoptante al hijo, porque esta adopcion imperfecta no dá el derecho de patria potestad, §. 2. *Inst. de adopt.*

De la sucesion de los colaterales.

§. DCCLVIII.

Cuando tampoco puede ascender el amor, la esperiencia enseña que se aparta á los lados. Por esta razon no habiendo ascendientes son próximos á suceder los colaterales; pues aunque entre ellos es á veces muy tibio el afecto, y bastante raro el cariño de los hermanos, sin embargo, nuestras leyes atienden á lo que sucede con mas frecuencia, *L. 3 seq. ff. de legibus.*

§. DCCLIX.

Tres son las reglas que acerca de los colaterales deben observarse. 1) *Los hermanos y hermanas de padre y madre y sus hijos excluyen á todos los demas colaterales, en términos que aquellos suceden por cabezas, y estos por estirpes en virtud del derecho de representacion.* Reg. 2) *Si existen*

solo los hijos de hermanos y hermanas de padre y madre, suceden por derecho propio, y son admitidos por cabezas. Es pues regla jeneral que no se admite en los colaterales el derecho de representacion, sino cuando los hijos de hermano ó hermana concurren con hermanos y hermanas. En la *Fig. VIII.*, por ejemplo, el primero recibe un cuadrante; el segundo y el tercero asimismo otro cuadrante; el cuarto solo un cuadrante, y los demas dividen entre sí el cuadrante que falta. Pero en la *Fig. IX.*, por quanto no hay hermanos y hermanas, sino tan solo hijos de ellos ó sobrinos, son admitidos estos por cabezas en virtud de su derecho propio y por eso cada uno debe recibir la sexta parte.

§. DCCLX.

Reg. 3) *No habiendo hermanos carnales, ni hijos de ellos, son admitidos los unilaterales, ó medios hermanos, ya sean consanguíneos, ya uterinos, con el mismo derecho que los que lo son de padre y madre y sus hijos.* Esto quiere decir, que los unilaterales suceden por cabezas; y sus hijos si concurren con ellos, por stirpes; y si están solos, por cabezas; por lo cual deben repetirse aqui las figuras correspondientes al párrafo anterior. Suelen los jurisconsultos tratar sobre este punto la cuestion de si los consanguíneos deben ser preferidos en los bienes paternos, y en los maternos los uterinos; mas segun los principios del derecho debe resolverse por la negativa, porque tan pronto como los bienes pasaron al difunto, dejaron de ser paternos ó maternos,

254 *De la sucesion de los colaterales.*

y se confundieron de tal modo, que espiró enteramente la desigualdad. Sin embargo de eso los estatutos de varios lugares reconocen esta diferencia, y así, por ejemplo, en la *Fig. X.*, si Seyo recibiere del padre treinta mil florines, y de la madre diez mil, el primero como hermano uterino tendrá cinco mil, el segundo y el tercero cinco mil, el cuarto como hermano consanguíneo quince mil, y el quinto y el sexto otros quince mil. Pero esta diferencia, como dejo dicho, no se observa por derecho civil.

§. DCCLXI.

Reg. 4) No habiendo hermanos ó hermanas, ó hijos de ellos, son llamados á la herencia los demas colaterales sin diferencia de si son varones ó hembras, agnados ó cognados; bien que los mas próximos siempre escluyen á los mas remotos, y los de un mismo grado son admitidos á un mismo tiempo por cabezas; como se puede ver en la *Fig. XI.*, donde los que estan á la izquierda son agnados, y los de la derecha cognados. Es manifesto que de todos los que están señalados con número, ninguno es admitido fuera del primero, tercero, cuarto y décimo, por cuanto solo ellos estan en el cuarto grado, y todos los demas en el quinto ó en el sexto.

§. DCCLXII.

Lo mismo sucede con respecto á la sucesion de los adoptivos é ilegítimos, con solo la diferencia de que á los adoptivos solamente suceden

los agnados, no los cognados; y por el contrario á los ilegítimos solo los cognados, no los agnados. La razon de estas escepciones ya queda arriba bastante inculcada.

De la sucesion de los cónyuges.

§. DCCLXIII.

Por derecho antiguo apenas podrá suscitarse cuestion alguna acerca de la sucesion de los cónyuges, puesto que por el rito de la confarreacion, de la coempcion y del uso entraba la mujer en la potestad del marido; y por eso, como hija de familia, lo adquiria todo para este. V. Cic. *Top.* c. 4. Muerto, pues, el marido, no sucedia como mujer de él, sino como hija de familia y heredera suya, Dion de Hal., L. 2. p. 45. Jelio, L. 18. c. 9. Mas despues que estos ritos perdieron su vigor y dejaron las mujeres de estar bajo la potestad marital, ya no habia razon alguna para que el marido sucediese á la mujer, ni esta al marido, no siendo recíprocamente agnados ni cognados, que eran los únicos que se reputaban por capaces de sucesion. El pretor empero habia introducido un nuevo modo de suceder en el edicto *unde vir et uxor*; por el cual queria que disuelto el matrimonio, los cónyuges que sobrevivieran sucediesen á los difuntos en caso de faltar toda cognacion; pues entonces el cónyuge tomaba toda la herencia. V. todo el *tit. ff. unde vir et uxor*.

§. DCCLXIV.

Mas como de esta manera rara vez se verificaba que los cónyuges sucediesen, Justiniano introdujo en favor de ellos en la *Nov. CXVIII. c. et Anth. praeterea C. unde vir et ux.* un beneficio mas pingüe, á saber; que fuesen admitidos con los demas herederos en caso de ser pobres y el difunto rico. Pero cuánto han de recibir entonces los cónyuges? Resp. O los herederos son mas de tres ó son menos. En el primer caso reciben igual porcion que los otros herederos, y en el último la cuarta parte de todos los bienes. Sin embargo, aqui hay una nueva distincion, pues ó concurre el cónyuge con hijos ó con herederos estraños. En el primer caso recibe su porcion por derecho usufructuario, y por derecho de propiedad en el segundo.

De la sucesion del fisco.

§. DCCLXV. DCCLXVI.

El último heredero es el fisco, el cual sin embargo tan solo es admitido subsidiariamente, pudiendo ocupar la herencia dentro del quadrienio si están vacantes los bienes, esto es, si ningun cognado aparece. Y aun hay algunos estraños que son preferidos al fisco, cuales son: 1) los cónyuges, de quienes se ha hablado en la seccion anterior. 2) Los socios ó copartícipes de la liberalidad del emperador. Por ejemplo: si á mí y á Ticio nos hubiese el príncipe dado un prédio, y

Ticio muriese sin cognacion, yo seré su heredero abintestato en este prédio, en términos de ser preferido al mismo fisco. 3) La iglesia en los bienes de un clérigo, por considerarse que el difunto la amó sobre todas las cosas. 4) El ala de caballería en los bienes del soldado que ni hizo testamento ni dejó cognados, aunque se acostumbre que el Centurion tome para sí de esta herencia el mejor caballo ó las mejores armas. 5) Todos los colejos ó corporaciones lícitas si un miembro de ellos muriere sin cognacion. No obstante, cualquiera echa de ver con facilidad que todos estos casos son rarísimos.

TITULO XIV.

De las obligaciones.

§. DCCLXVII.

Cuanto hasta aqui llevamos explicado pertenece á las especies de *derecho en la cosa*; pues hemos visto los modos de adquirir el *dominio*, lib. II. tit. 1. y sig.; hemos visto cuáles sean las *servidumbres*, lib. II. tit. 3. 5; hemos tambien considerado prolijamente el *derecho hereditario*, que compete bien por testamento, bien abintestato, lib. II. tit. 10. lib. III. tit. 13. Ahora debiera hablarse del *derecho de prenda*; mas no sé por qué desgracia ha omitido enteramente Justiniano esta especie en su Instituta, sin decir mas que algunas cosas pertenecientes al contrato de prenda, lib. III. tit. 15. Pero ya tomaremos nos-

otros de las Pandectas lo necesario para llenar en su lugar oportuno este vacío. Pasemos ahora á hablar de los *derechos á la cosa*, que son la otra especie del derecho de las cosas, §. 331. Mas como todo derecho á la cosa nazca de una obligacion, se trata solo de las obligaciones en esta última parte del lib. III. y al principio del lib. IV.

§. DCCLXVIII.

Se pregunta pues, qué cosa sea obligacion? Y se responde, que es *un vínculo del derecho que nos constituye en la necesidad de hacer ó dar alguna cosa*. Pero esta definicion la miran por lo regular con desprecio los sabidillos, que principalmente reprenden el que definamos la cosa por medio de una simple traslacion ó metáfora; y aun se dejan decir, llevados de la gran sutileza de su ingenio, que vínculo del derecho es el lazo con que se ahorca á los ladrones. Lindamente! vaya que la esplicacion es graciosa y sobremanera sábia! Las cosas morales tan lejos están de poder espresarse con vocablos propios, que la misma voz *obligacion* es una palabra metafórica. Y qué adelantamos, pregunto yo, con la definicion que recomiendan ellos como verdaderamente filosófica, de que la obligacion es una cualidad moral pasiva, por la cual se impone la necesidad de dar ó hacer alguna cosa? Como si esta definicion no fuese mas obscura que la cosa definida! Quede pues sentada la nuestra, de la cual se deriva desde luego el axioma de que *la obligacion no sale de la persona*; y así nunca se puede intentar

accion contra un tercero, sino tan solo contra aquel que se ha obligado con nosotros; que es en lo que consiste la diferencia entre el derecho á la cosa, y el derecho en la cosa, de que hemos hablado arriba en el §. 333. 2.

§. DCCLXIX.

De la definicion pasamos á las divisiones; la primera de las cuales es que las obligaciones son ó *meramente naturales*, ó *meramente civiles*, ó *mistas*. El fundamento de toda obligacion es la ley. Si, pues, la obligacion nace del derecho natural, sin que concorra el derecho civil, será meramente natural. Por ejemplo: el derecho natural dicta que los pactos se deben cumplir; mas como el derecho civil no hace obligatorios los simples pactos, por eso se dice que la obligacion que resulta es meramente natural. Si por el contrario, introduce el derecho civil una obligacion, á la cual se opone, ó que no admite el derecho natural, se llamará meramente civil. V. gr. Lo que se ha prometido por miedo, segun el derecho civil estricto se debe cumplir, porque la voluntad forzada al fin es voluntad conforme á los principios de los jurisconsultos estoicos, L. 21. §. 5. *ff. quod met. caus.* Mas por cuanto el derecho natural no admite una obligacion asi arrancada por la fuerza y por el miedo, se dirá que esta obligacion es meramente civil. Por último, si ambos derechos, el natural y el civil, sufragan cierta obligacion, esta será mista. Por ejemplo: el comprador está obligado por derecho civil y

natural á pagar el precio prometido, y por eso se puede llamar mista esta obligacion. Las mistas son verdaderas obligaciones, como que producen todo el efecto de tales: las civiles no tienen ningun efecto, pues se recinden por la restitucion *in integrum*; y por último, las naturales aprovechan para escepcionar, mas no para intentar accion.

§. DCCLXX.

Otra division, ó por mejor decir subdivision, es que unas son *civiles* y otras *pretorias*. Son civiles las que se derivan del derecho civil, esto es, de las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, y respuestas de los jurisconsultos. Y por el contrario, pretorias son aquellas que vienen del edicto del pretor ú otros majistrados: pues en jeneral se dice pretorio todo lo que trae su oríjen de los majistrados, aun de los procónsules y ediles, porque en los primeros tiempos de la república todos los majistrados romanos se llamaban pretores, de *praeundo*, ir delante, por los lictores que los precedian. La obligacion, por ejemplo, del vendedor y del comprador de tomar sobre sí la culpa leve, es civil, porque procede del derecho civil; pero la obligacion del vendedor de volver á tomar la cosa vieiosa y restituir el precio es pretoria, porque se deriva del edicto edilicio.

§. DCCLXXI.

Sigue la tercera division, de que unas obligaciones nacen *inmediatamente* de la equidad natural, y otras *mediatamente* de algun hecho obligatorio. Nacen inmediatamente de la equidad siempre que exijo algo por este principio: *lo que á ti no te daña y aprovecha á otro, estás obligado á hacerlo*; y tambien estás obligado á lo que exige la recta razon. Y por eso, v. gr., el poseedor está obligado por la regla primera á exhibir la cosa al dueño; y por la última lo está el padre á alimentar al hijo, aunque no haya mediado hecho alguno obligatorio. Empero cuando la obligacion nace de un hecho, ó este es *lícito*, ó *ilícito*. El lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito en un delito. De aqui una nueva division de la obligacion, esto es, que unas nacen *de convencion*, y otras *de delito*. De los delitos hablaremos en el libro IV,; ahora tratemos solamente de las convenciones.

§. DCCLXXII. DCCLXXIII.

Convencion, que en nuestro derecho tambien se llama pacto, es *el consentimiento de dos ó mas personas que se avienen sobre alguna cosa que deben dar ó hacer*. Decimos 1) que es *consentimiento*, porque de otra manera no habria ningun hecho obligatorio. Decimos 2) que es consentimiento *de dos ó mas*, v. gr., en el contrato de sociedad pueden pactar ó convenirse ciento ó mas personas. Decimos ade-

mas 3) *que se avienen*, porque mientras no convienen en una misma cosa los contratantes, no se puede decir que hay verdadera convencion. Y finalmente, añadimos *sobre alguna cosa que deben dar ó hacer*; acerca de lo cual advertimos, que bajo la afirmacion se comprende asimismo la negacion, pues tambien hay pactos de no dar ó no hacer, los cuales se llaman *remisorios*.

§. DCCLXXIV. DCCLXXV. DCCLXXVI.

La convencion se divide en *contrato* y en *pacto*; el origen de esta division se debe traer solo del derecho romano, como que segun él no producian acciones los pactos, sino los contratos. Estrañan esto algunos, y acusan la perfidia de los romanos, por haber contra el derecho natural quitado á los pactos toda obligacion. Pero en esto injurian su prudencia; porque ellos no enseñaban que los pactos no debiesen observarse, antes tenían por un pérfido y un malvado á aquel que no los guardaba. Y á propósito de esto dijo con elegancia Séneca de *benef. L. 5. c. 21.*: *Quae res ad id praestandum nos, quod alicui promissimus, alligat? Quaeras tum eo, qui non praestat, et fidem datam nec servatam indignabor.* Si por los pactos no concedian accion, esto consiste en que las mas de las veces aseguran los hombres no haber pactado sériamente: por lo cual Euclion en el *Aulul. de Plauto, Act. II. Scen. II. §. 81.*, dice:

*At ecio, quo res pacto soleatis perplexarier:
 Pactum non pactum est, non pactum autem pactum, quod vobis lubet.*

Pues para que los hombres no anduviesen perplejos y cavilosos, establecieron los romanos que la confianza de los ciudadanos se fundase, no en los pactos, sino en los contratos: que es lo mismo que decir, que para que los hombres no pudieran alegar que no habian consentido seriamente, introdujeron la estipulacion solemne mediante la cual naciese plena obligacion. Esto lo ha espresado muy bien Edm. Merilio, en la *Obs. LVII. c. 39. Ideo vero, dice, ex pacto nudo inter cives romanos actio non nascitur, quia scilicet fidem illi sanxerant in negotiorum contractibus, non in nudis pactis, nec formulam prodiderant, quae de nudis pactis ageretur, quia modum vulgarem fidei adstringendae habebant estipulationem, certa verborum proprietate contractam. L. 2. de oblig. et act. Eam si paciscentes omisisent, majis id videbantur perlusorie fecisse quam ut fidem adstringerent.* Pues en qué se diferencian los pactos y los contratos? Esto ya lo enseñó en su tiempo Cujacio, L. 11. *Obs. c. 15*, cuando observa que la verdadera y jenuina definicion está virtualmente contenida en la L. 7. §. 1. 2. ff. de pactis, á saber; que contrato será la convencion que tiene ó nombre ó causa. Luego pacto será la convencion que ni tiene nombre ni causa. Para la intelijencia de estas definiciones debe saberse qué cosa sea nombre, y qué causa. Por nombre entendemos aqui el vocablo que produ-

ce una accion del mismo nombre; y por *causa* se entiende alguna cosa presente, de la cual nace obligacion segun las leyes. Asi, por ejemplo, la venta tiene nombre, porque de ella nace la accion *de compra y venta*. La estipulacion tiene nombre y causa: nombre, porque de ella nace la accion *de lo estipulado*; y causa, porque medió la solemnidad de palabras á que dieron las leyes fuerza de obligar. Por el contrario, la donacion no tiene nombre ni causa, porque ni se da accion *de lo dado*, ni hay cosa alguna presente, sino que tan solo se promete para lo futuro sin que intervengan solemnidades.

§. DCCLXXVII.

Los pactos, distintos de los contratos, se subdividen en *simples y en calificados*, ó como llaman bárbaramente los glosadores, *vestidos*. Los *simples*, que son aquellos que subsisten dentro de los puros límites de la convencion ó consentimiento, no producen obligacion civil, ni accion alguna; los *calificados* son los que producen alguna accion, aunque no son contratos. V. gr., los esponsales contraidos sin estipulacion eran un pacto *simple*, porque no resultaba de ellos ninguna obligacion ni accion. Empero el que algunos pactos sean *calificados*, y produzcan obligacion y accion, proviene de que á unos asisten la ley, á otros el pretor, y á otros los contratos á que han sido añadidos *incontinenti*. Aquellos á los cuales asiste la

ley se llaman *lejítimos*, y de ellos nace la condicion *de la ley*, v. gr., *ex L. 35. C. de donat.* Aquellos á que asiste el pretor se llaman pactos *pretorios*, cuales son la *hipoteca* y el *dinero prometido* (*constituta pecunia*), que producen acciones del mismo nombre, á saber; la accion hipotecaria, que tambien se llama cuasi serviana, y la accion *de lo prometido*. Finalmente, los pactos á que asisten contratos, se llaman *adjuntos*. Si se añaden incontinenti á contratos de buena fe ó bilaterales, producen la misma accion que por otra parte nace de aquel contrato. Por ejemplo: si el vendedor añadió incontinenti al contrato de compra y venta el pacto de retrovendendo convencional (*protomiseos*), de la ley comisaria, *addictionis in diem*, y otros semejantes; por todos estos pactos tendrá la accion de venta. Pero, y si el pacto fue añadido á un contrato de estricto derecho, ó no ha sido añadido incontinenti? Entonces solo produce escepcion, no accion, L. 7. §. 5. 6. ff. L. 13. C. h. t.

§. DCCLXXVIII.

Esto por lo que hace á los pactos. Los contratos que se oponen á ellos, se dividen en *verdaderos* y en *cuasi contratos*; y el fundamento de esta division pocos jurisconsultos la examinan atentamente. Unos dicen que los cuasi contratos nacen del consentimiento tácito, como si los contratos tácitos no fuesen verdaderos contratos. Otros los hacen derivar de las

varias figuras de causas. Pero estas palabras que se encuentran en la L. 1. ff. de obl. act., son tan obscuras que de ninguna manera pueden servir para la definicion. Algunos, y entre ellos Pajenstechero en sus *Aphor. lib. 3. §. 145.*, definen el cuasi contrato, diciendo que es la obligacion que ni nace de contrato, ni de delito, ni de cuasi delito. Pero fuera de que esta definicion, tomada del principio de las *Inst de oblig. quae quasi ex contr. nasc.*, es negativa, y por lo mismo tan obscura como la cosa definida, se sigue manifestamente de ella el absurdo de que todos los pactos lejítimos son cuasi contratos. Westenberg. en el *tit. de Pactis. §. 54.* le define de este modo: cuasi contrato es un hecho no torpe, del cual nace obligacion sin que medie convencion alguna. Pero aun envuelve obscuridad esto de que la obligacion puede nacer sin convencion. Y así nosotros discurrimos de esta manera: todo contrato está fundado en el *consentimiento*. El consentimiento ó es *verdadero* ó *finjido*, es decir, *presunto*. Del verdadero nacen los verdaderos contratos, y del presunto, esto es, de un hecho, los cuasi contratos. Mas no se ha de creer que sin ninguna razon finjen las leyes que alguno ha consentido, no habiendo prestado su consentimiento; antes bien hay principalmente tres reglas de equidad natural, de las que se infiere este consentimiento. 1.) *Nadie sin razon muy poderosa debe enriquecerse con perjuicio de tercero.* 2.) *Quien quiere lo antecedente, debe querer lo consiguiente.* 3.) *Cualquiera parece aprobar aquello que promueve su utilidad.*

§. DCCLXXIX.

Los verdaderos contratos son *nominados* ó *inominados*. Los *nominados* tienen nombre y causa, y por eso siempre producen una accion del mismo nombre. Los *inominados* tienen causa, pero no nombre, y asi es que no producen accion del mismo nombre, sino una accion jeneral deducida *del hecho*, ó *de las palabras espresadas* (*in factum ó praescriptis verbis*). Podráse objetar el contrato estimatorio; el cual, con todo de ser un contrato *inominado*, produce no obstante la accion estimatoria: *V. Rubr. ff. de estim.* Pero á esto se responde que tambien esta accion estimatoria es la misma accion *de las palabras espresadas* (*proescriptis verbis*), y por esta razon en la L. 1. *pr. ff. ejusd. titul.* se llama accion estimatoria (*praescriptis verbis*). Dichos contratos *inominados* son cuatro: *doy para que des* (*do ut des*), que unas veces se llama *permuta*, y otras contrato estimatorio: *doy para que hagas* (*do ut facias*): *hago para que des* (*facio ut des*): y *hago para que hagas* (*facio ut facias*). Diráse que tambien se pudieran llamar todos los contratos *nominados*, *do ut des*: porque, qué otra cosa viene á ser la compra y venta sino un *doy para que des*? y qué otra cosa el alquiler de los trabajos ó servicios, sino el contrato *hago para que des*? A esto se satisface diciendo, que entre los contratos *nominados* y los *inominados* media tambien la diferencia de que en aquellos interviene dinero contado, y en estos otra cosa distinta del dinero;

ó si este se da, no está determinado por la convencion, ó por lo menos no es estipendio, sino honorario. Asi, pues, si por ejemplo, digo: te doy dinero para que me des un libro, es una compra y venta. Pero si nos convenimos en darte yo á ti este libro para que tú me des á mí otro, este será el contrato inominado, *doy para que me des (do ut des)*. Y asi tambien, si dice un sastre: te haré un vestido por tanto dinero, será un arrendamiento de obra; mas si dijere te haré un vestido con tal que me des trigo, ó con tal que me hagas unos zapatos; ó si un profesor dijese que por el honorario explicaria públicamente en un colejio, estos serian contratos inominados.

§. DCCLXXX.

Ademas, como todos los contratos deben tener causa, es decir, alguna cosa presente, de la cual nazca obligacion segun las leyes (§. 776.), se pregunta: cuántas y cuáles son estas causas. A lo cual se responde que son cuatro, á saber: *entrega de la cosa; palabras solemnes; instrumentos, y consentimiento*. Luego en esto se atiende siempre á lo que perfecciona el contrato y le concluye; y asi los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se llaman *reales*, cuales son el *mútuo*, *comodato*, *prenda y depósito*. Los que se perfeccionan por medio de palabras solemnes, se llaman obligaciones de palabras ó contratos *verbales*, de los cuales solo queda uno por derecho nuevo, á saber, la *estipulacion*; porque por el anti-

guo, á mas de esta obligacion de palabras, habia la declaracion de la dote (*dictio dotis*), y la promesa jurada de servicios que solian hacer los libertos: V. Cujac. *Inst L. II. tit. 9. §. 3.* El que se termina por medio de instrumentos públicos se llama contrato *literal*: Justiniano fue el primero que le redujo á la forma que hoy tiene. Finalmente, cuando el consentimiento solo basta para perfeccionar el contrato, esta clase de contratos se llaman *consensuales*, y son cinco, á saber; compra y venta, locacion conduccion, enfiteusis, sociedad y mandamiento.

§. DCCLXXXI.

Réstanos la última division de los contratos, segun la cual unos son *unilaterales*, y otros *bilaterales*. No se llaman asi por las personas contrayentes, porque de esta manera todos los contratos serian bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si se obligan ambas, el contrato es bilateral; si se obliga una sola, unilateral. Asi, por ejemplo, en la compra y venta se obligan ambos contrayentes, y en el mútuo tan solo uno. Los unilaterales se llaman tambien *de estricto derecho*, y los bilaterales *de buena fe*; lo cual no ha de entenderse como si se dijera que en los contratos de derecho estricto no es necesaria la buena fe; el verdadero sentido es que en los contratos de derecho estricto no se puede pedir nada mas de lo que espresamente se ha prometido, y

que por el contrario en los contratos de buena fe se debe tambien lo que no se ha espresado, con tal que asi le exija la equidad. Por ejemplo: en el mútuo no se piden usuras, á no ser que se hayan prometido, porque es contrato *de estricto derecho*; pero en la compra y venta, comprador solamente por su tardanza en el dar el precio debe dar usuras, por ser *de buena fe* este contrato.

§. DCCLXXXII.

De aqui se infiere fácilmente por qué algunos contratos producen dos acciones, y otros solo una. Efectivamente, como en los bilaterales están obligados ambos contrayentes, por precision debe haber dos acciones, por cuyo medio sean ambos compelidos á hacer aquello que deban. Y por el contrario, en atencion á que, por ejemplo, en el mútuo no está obligado á nada el acreedor, sino tan solo el deudor, de aqui es que solo compete una accion, á saber: *condicion de lo cierto de mútuo*. Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son por ambas partes *directas*, ó se llama una de ellas *directa* y la otra *contraria*. Son ambas directas siempre que la obligacion de entrambos contrayentes nace ya en el momento de celebrarse el contrato; y una directa y otra contraria siempre que uno de los contrayentes quede obligado por el mismo contrato, y el otro por lo despues hecho. En la compra y venta, v. gr., ambos contrayentes se obligan desde el principio por el mismo contrato, y la

accion *de lo comprado* y la accion *de lo vendido* son directas. Mas en el mandamiento, el mandatario se obliga, es verdad, por el mismo contrato y desde el principio, pero el mandante no está obligado sino por lo despues hecho, es decir, si el mandatario hiciese gastos por él, ó sufriese perjuicio por el mandamiento; por cuya razon es directa la accion contra el mandatario, y al reves, contraria la accion contra el mandante. Acerca de estas acciones contrarias hay una regla muy general, que es: *que toda accion contraria se da para indemnidad.*

§. DCCLXXXIII. DCCLXXXIV.

En materia de contratos hay la célebre cuestion del resarcimiento de daños, acerca de la cual discurren con bastante sutileza los jurisconsultos romanos, razon porque alguna vez no los entienden nuestros doctores. Sin embargo, aclaró muchísimo esta doctrina la excelente disertacion de Henr. Coceyo, *de culpis proestandis*. Nosotros entrando en materia, decimos, que *daño* es todo lo que disminuye nuestro patrimonio. Esto se verifica ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito*; por *dolo*, si interviene engaño ó malicia; por *culpa*, si se peca por descuido ó imprudencia; y finalmente, por *caso fortuito*, si el daño viene por la divina Providencia, á la cual no puede resistirse.

§. DCCLXXXV.

En cuanto al *dolo* hay solamente una regla

que observar, á saber: *que se debe pagar siempre y en todos los contratos*; lo cual es tan cierto, que aun cuando hayan pactado los contrayentes que no se responda del daño causado por dolo, este pacto no vale, porque incitaria á uno de los dos á pecar, L. 22. ff. *de reg. jur.* Y aun en algunos contratos no basta que el que ha pecado por dolo le quiera pagar, sino que ademas es infame; cuales son la *tutela, depósito, sociedad y mandato*, L. 1. ff. *de his qui not. infam.* Establécenlo así las leyes, porque estos cuatro contratos solo se hacen con amigos, al paso que los demas se entablan con cualquiera; y es cosa la mas vergonzosa que un amigo engañe á otro amigo bajo las apariencias de amistad. A propósito de lo cual dijo elegantemente Ciceron, *pro Quinto Boscio, Comaedo, c. 6. Si qua sunt privata judicia summae existimationis, et penae dicam, capitibus fiduciae* (bajo cuya palabra comprende el mandato y el depósito) *tutelae, societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, et pupillum fraudere, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjuxit.* No mas que una es la regla que hay acerca del caso fortuito. Nadie está obligado á responder del daño provenido de caso fortuito, L. 23. ff. *de R. J.*; porque ¿quién ha de imputar al hombre lo que dimana de la voluntad de Dios, por la que se gobiernan todas las cosas? Puede no obstante suceder que alguno tenga que pagar el caso fortuito: 1) si espontáneamente le ha tomado sobre sí: 2) si fuese moroso en entregar ó restituir; y 3)

si su negligencia dió ocasion al caso fortuito. Estas son las escepciones que ponen los doctores, aunque si hemos de confesar la verdad, lo que en estos tres casos se paga es la culpa, no el caso fortuito.

§. DCCLXXXVI. DCCLXXXVII.

Mas complicacion hay con respecto á pagar la *culpa*, porque los jurisconsultos la miden y compasan, por decirlo así, y la dividen en *lata*, *leve* y *levísima*. El fundamento de esta division es la diversidad de diligencia que se observa en los padres de familia. Los hay sumamente vijilantes, que andan siempre con cien ojos sin poder dormir ni estar tranquilos hasta registrar los mas ocultos rincones de su casa. Pues de los que no imitan la baja diligencia de estos, se dice que cometen *culpa levísima*. Hay tambien padres de familia malbaratadores de su hacienda, á quienes no concedió la naturaleza ni adquirir, ni conservar lo adquirido, sino que son unos derrochadores sempiternos. De los que imitan su desidia ó los esceden en negligencia, se dice que cometen *culpa lata*. Hay finalmente padres de familia frugales, parcós, no avaros, liberales, no disipadores. Los que no imitan su diligencia son reos de *culpa leve*.

§. DCCLXXXVIII.

Estas definiciones facilitan bastante la inteligencia de las siguientes reglas que se observan en el resarcimiento de daños causados por

culpa. 1) Cuando para el uno es la ventaja y para el otro solo la molestia, aquel paga la culpa levísima, y este la lata. En el depósito, por ejemplo, el depositante paga la culpa levísima, porque percibe toda la utilidad; y el depositario la lata, porque á él solo se le sigue molestia. 2) Cuando la utilidad de ambos contrayentes es igual, entonces se satisfacen recíprocamente la culpa leve; como se verifica en la compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y prenda. 3) El que voluntariamente se ofreció á un contrato en que se requiere muchísima diligencia, con razon debe pagar la culpa levísima en la agencia voluntaria (*in negotiorum gestione*). 4) El que espontáneamente ofreció á otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata, como sucede en el género de liberalidad que se llama *precario*.

§. DCCLXXXIX.

Baste lo dicho acerca de las obligaciones en jeneral: si se ha estudiado con atencion, todos los capítulos que quedan hasta el fin del libro serán facilísimos de entender. No tratándose en la Instituta de los contratos inominados, hablaremos de los nominados; y como estos se dividan en reales, literales, verbales y comensuales, se esplicarán los primeros en el título inmediato.

TITULO XV.

De qué modos se contrae obligacion por la cosa.

§. DCCXC.

Habiendo ya considerado en jeneral qué cosa sea obligacion, contrato y sus especies, pasamos ahora á hablar de la primer especie de contratos nominados, es decir, de los *reales*, aunque tambien todas las obligaciones resultantes de contratos inominados, y aun de delitos, dimanen de una cosa. L. 4. ff. de *obl. act.* Pero llamamos contratos reales á aquellos que no reciben sustancia ni producen obligacion sino despues de la entrega de la cosa. Este punto le ilustra muy bien la L. 8. ff. de *verb. obl.*, en la cual se pone el caso de que si uno hubiese prometido dar dinero prestado, de esta promesa no nacía la condicion *de mútuo*, por no haberse verificado aun la tradicion ó numeracion del dinero, sino la condicion *de lo estipulado*.

§. DCCXCI.

Entre estos contratos que dimanen de la tradicion de la cosa hay cuatro de la clase de los nominados: *mútuo*, *comodato*, *depósito* y *pren- da*. Digo de la clase de los nominados, porque como ya he advertido, todos los inominados tienen tambien por fundamento una cosa; porque en efecto, no habria contrato (sino pacto) si al-

256 *De qué modo se contrae obligac. etc.*

guno dijese: daré para que dés ó hagas: haré para que hagas ó dés; sino si dijese, doy para que dés ó hagas, ó hago para que hagas ó dés. Luego es claro que se funda en una cosa.

§. DCCXCII.

El primero es el *mútuo*, que en las ff. se llama *res credita*, por el cual hay un título *de rebus creditis*; no obstante que el mismo Ulpiano advierte que todos los contratos pueden llamarse cosas entregadas, L. 1. ff. de reb. cred. El *mútuo* es facil de definir, diciendo que es un contrato por el cual se da á alguno una cosa consumible, de modo que se haga suya, y haya de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto en el mismo jénero. Decimos que este contrato versa sobre *cosas consumibles*, que es lo mismo que decir sobre cosas que constan, esto esto, que se venden por peso, número ó medida; porque si la cosa que se entrega es no consumible, entonces no será *mútuo*, sino *comodato*. Decimos que en este contrato *la cosa entregada se hace del que la recibe*, pues en esto se diferencia tambien el *mútuo* del *comodato*, en el cual solo se transfiere el uso; y del depósito, porque en este tampoco se transfiere mas que la custodia. Por último, añadimos que el deudor ha de restituir *otro tanto* en el mismo jénero, porque de esta manera se distingue de los demas contratos reales, á saber; del *comodato*, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

§. DCCXCIII.

Con esto ya podrán entenderse fácilmente los siguientes axiomas: 1) *no hay mútuo, á no ser que se entregue con ficta tradicion dinero ú otra cosa consumible*; porque sin la tradicion no se puede concebir ningun contrato real; y decimos que la cosa debe entregarse á lo menos con ficta tradicion, de lo cual hay un ejemplo en la L. 10. ff. de verb. obl., de que uno depositó dinero, permitiendo al mismo tiempo que si se quería se usase de él, y dice el jurisconsulto que se hacia mútuo al instante despues que se tocase al dinero. 2) *El mútuo es una enajenacion, y el dominio de la cosa consumible se transfiere al deudor*. Esta cuestion ha sido fuertemente controvertida entre Claudio Salmasio y los jurisconsultos de su tiempo, especialmente Regner Cipriano de Oesberg y J. Wisembac. Aquel decia que el mútuo no era enajenacion, porque el dinero respecto del deudor se hace deuda. Pero estos sostienen con razon que el dominio pasa enteramente al deudor, pues este recibe una facultad del todo libre de disponer de las cosas entregadas; tiene tambien el derecho de vindicar de cualquiera poseedor, y ademas si perece la cosa, perece para el deudor como dueño de ella. Sobre este punto hay leyes terminantes: L. 16. ff. de rebus cred. L. 41. ff. eod. L. 9. ff. pr. de aut. tut et curat.

§. DCCXCIV. DCCXCV.

De los dos axiomas arriba esplicados podemos

258 De qué modos se contrae obligac. etc.

ya sacar toda la doctrina del contrato de mútuo. 1.) Si se pregunta quién puede dar en mútuo, diremos que cualquiera que puede enajenar; y por consiguiente no puede el pupilo, porque ni tiene facultad para dar dinero, ni para cobrarlo una vez dado. Ni aun era permitido dar en mútuo una cosa ajena por no ser permitido tampoco enajenarla, L. 11. ff. de reb. cred. 2) Si se pregunta qué obligacion nace del mútuo, ello mismo está diciendo que pues el contrato es unilateral, solo el deudor está obligado á restituir en el mismo jénero la cosa que recibió. Tambien 3) es fácil de resolver la cuestion de si puede ser obligado á pagar mas de aquello que se dió. Se niega, porque la obligacion nace de una cosa; por lo cual el jurisconsulto Paulo en la L. 17. pr. ff. de pactis, dijo con elegancia: *re non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est*; y no obsta el que se pueda convenir volver menos de lo que se dió, porque cada uno puede dar lo que es suyo. 4) De lo mismo se infiere lo que debe observarse si muda el valor de la moneda. Entonces se ha de mirar al tiempo del contrato; y por consiguiente se deberá volver tanto como segun el último valor se ha recibido. Si, por ejemplo, se han dado cien florines de Misnia, que en el dia valen dieziocho gruesos, por cada uno se pagarán al presente dieziocho.

§. DCCXCVI.

Falta hablar de la accion que nace de este contrato, y por quanto el mútuo es un contrato nominado, la accion tiene el mismo nombre y se

llama accion *de mútuo* en la L. 5. C. *quibus non obl. long. temp. proescr.*, ó tambien condicion *cierta de mútuo*, como se dice en las Pandectas. Se da al acreedor contra el deudor para recibir la cosa en el mismo jénero. Se dará tambien para que se paguen usuras? Por derecho romano no se da; porque ó se han prometido ó no. Si se han prometido no se piden por la condicion *de mútuo*, sino *de lo estipulado*. Si no se han prometido, absolutamente no pueden pedirse, por ser el mútuo un contrato *de estricto derecho*; por el cual no puede pedirse mas de lo que espresamente se ha prometido. Y aun cuando al contrato de mútuo se haya añadido el pacto de pagar usuras; tampoco obliga este, por la razon de que los pactos añadidos á contratos de buena fe producen accion, mas no asi los que se añaden á contratos *de estricto derecho*, L. 7. ff. *de pactis*. Pero en el dia nadie duda que se deben pagar las usuras, aunque no se hayan prometido, si hubo morosidad; porque la diferencia entre los contratos de buena fe y *de estricto derecho*, bien que muy útil en la teórica, en la práctica se atiende poco.

§. DCCXCVII. DCCXCVIII.

Sigue otro de los contratos que toman su esencia de la cosa, á saber; el *comodato*, que en la mayor parte de los idiomas se confunde con el mútuo. Estos contratos los distinguen cuidadosamente los romanos; entre los cuales el comodato es un contrato real *por el que se da gratis una cosa consumible para que se use en términos que concluido el uso se haya de restituir la misma es-*

260 *De qué modos se contrae obligac. etc.*

pecie. Se diferencia pues del mútuo, parte en que aquí la cosa es no consumible, y en el mútuo fungible; y parte en que el comodato transfiere el uso, y el mútuo el dominio; del *precario* se diferencia en que el comodato transfiere la cosa para un uso cierto, y el *precario* para uno incierto é indefinido, y por eso el *precario* es siempre revocable. Tambien se distingue fácilmente de la locacion y conduccion, la cual ni toma su esencia de una cosa, sino de consentimiento, ni es gratuita. Con esta definicion pues no son difíciles de entender los siguientes axiomas: 1) *el comodatario recibe una cosa ajena para un uso cierto y determinado*, pues de otra manera seria *precario*. 2) *En este contrato no es igual la ventaja y des-ventaja de entrambos, sino que toda la ventaja está á favor del comodatario.*

§. DCCXCIX.

Del primer axioma se derivan dos conclusiones que no deben olvidarse. 1) Que la cosa dada en comodato no se puede revocar antes de concluirse el uso; aunque esto ha de entenderse del derecho estricto, porque la equidad dicta ciertamente que si el mismo comodante necesita de su cosa sea preferido al comodatario. 2) Que aquel que de otra manera ó por mas tiempo del que quiere el comodante, usa de la cosa, comete hurto de uso. §. 6. 7. *Inst. de obl. quae eis delict.* Sobre esto refieren Jelio, *Lib. 7. c. 15.* y Val. Max., *L. 8. c. 2.* el notable ejemplo de severidad, de que un amigo citado á juicio por haber llevado hasta un monte inmediato un caballo que habia

recibido en comodato, fue sentenciado como ladrón.

§. DCCC.

Finalmente, de la misma definicion, §. 797 inferimos 3) que este contrato no admite recompensa ó merced, porque de esta manera al instante dejeneraria en locacion y conduccion si el uso se concediese por dinero, ó en el contrato inominado *doy para que des* si se concediese por otra cosa. No obstante, en atencion á que el honorario (*) no es merced, por no acostumbrarse á dar por estipulacion ó pacto, subsiste el comodato, aun cuando terminado el contrato se dé un honorario, segun se colije de la L. 6. *pr. ff. mand.*

§. DCCCI. DCCCII.

Del otro axioma se deduce 4) que el comodatario presta ó paga la culpa levísima, y el comodante no mas de la lata, §. 788. Sin embargo, puede suceder de otra manera, porque si el comodato se hace con ventaja de ambos, v. gr., si doy en comodato dinero para hospedar á un amigo comun, los contrayentes estarán obligados á la culpa leve. Si este contrato se hace en favor del comodante, el comodatario entonces prestará la culpa lata; como sucederia, por ejemplo, si die-

(*) Diferéncianse el honorario de la merced en que el honorario es la satisfaccion de los servicios prestados en las artes liberales, y la merced en las mecánicas; por ejemplo, los derechos del abogado por sus escritos se llamarán honorario, la satisfaccion de los trabajos del sastre por hacer un vestido se llamará merced.

262 *De qué modos se contrae obligac. etc.*

se en comodato joyas á su esposa para que anduviese mas engalanada. El primer caso se halla en la L. 18. *pr. ff.*, y el último en la L. 5. §. 10. *ff. de commodato*. 5) El caso fortuito no le sufre el comodatario sino el comodante, asi por razon de que la cosa perezca para su dueño, como porque el comodatario es deudor de la especie, y se libra en pereciendo esta. Esceptuase con todo el caso de que esto se verifique por culpa del comodatario, ó por su morosidad en restituir. Y aun tambien paga el comodatario los daños provenientes de caso fortuito si recibió tasada ó estimada la cosa.

§. DCCCIII. DCCCIV. DCCCIV.

Falta tratar de las acciones que competen por este contrato. Como este es nominado, la accion será de *comodato*, para que sea del mismo nombre. Y por cuanto el comodatorio se obliga desde un principio, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatorio la accion contraria; aquella para que se restituya y se pague la culpa, esta, como todas las acciones contrarias, para la indemnizacion.

§. DCCCVI.

El tercer contrato real es el *depósito*, que es un contrato de los que toman su esencia de una cosa, por el cual uno da á otro una cosa mueble para que la custodie gratis, debiendo este restituirla en especie al depositante siempre que este quiera. Debe en primer lugar notarse que hablamos señaladamente de una cosa mueble;

porque las inmuebles no las depositamos en poder de otro, como dicen vulgarmente, sino que las encomendamos ó encargamos á otro que tome á su cargo su custodia. Aquí pertenece la L. 86. ff. de V. S., donde se dice que en este contrato no se transfiere el dominio ni el uso, sino la custodia ó guarda de la cosa. Por lo cual, si se concede al depositario que consuma la cosa consumible que se ha depositado en favor suyo, debiendo restituir otro tanto en el mismo jénero, el depósito dejenerará en mútuo.

§. DCCCVII.

Los axiomas que rijen en este contrato son facilísimos: 1) El depósito es un contrato gratuito; porque de otro modo pasaria á ser locacion y conduccion, ó el contrato inominado *doy para que dés*. 2) Por el depósito solo se transfiere la custodia; de otra manera seria ó mútuo ó comodato. 3) La ventaja por este contrato es solamente en favor del depositante porque es gratuito.

§. DCCCVIII. DCCCIX.

Del primer axioma se deducen las siguientes conclusiones: 1) que este contrato no admite merced, pero sí honorario. Entre la merced y el honorario hay dos diferencias, una que este no se determina por pacto, y otra que se suele dar por obras liberales, ninguna de cuyas dos cosas tiene lugar en la merced. 2) Que este contrato no se entabla sino con amigos, por cuya ra-

264 *De qué modos se contrae obligac. etc.*

zon el dolo del depositario lleva la nota de infamia. Efectivamente, quién confía sus cosas sino á uno en cuya virtud y amistad ha puesto su mayor confianza? Pues habrá cosa mas fea y vergonzosa que el que un amigo engañe á otro? Semejante amigo, dice Ciceron *pro Roscio*, c. 39., rompe la amistad, y hace traicion al que por fiarse de él fue perjudicado. En este punto eran tan escrupulosos los antiguos, que creian que hasta la intencion era castigada por los dioses, y que Glauco con toda su familia habia sido destruido por haber pensado en negar un depósito, aunque despues le habia restituido. Encuéntrase esta historia en Herodoto, *L. VII.*; donde tambien vemos este oráculo de Apolo:

Glauce Epicydides, equidem espedit ad breve tempus,

Si Orco vicisse invertisseque nummos,

Dejera et evorcum, quoniam manet exitus idem.

Ast Orcinatus, qui nominz, qui manibus, qui

Nullis est pedibus, rapide advenit, usque adeo dum

Convolvens omnem perdat prolemque domumque.

Por el contrario, respeto de los primeros cristianos no sin alabanza escribe Plinio, *L. 10 ep. 97. quot mane convenerint, et Christo Deo carmen..... dixerit, seque sacramento obstrinxerint, non in scelus aliquod, sed ne fidem fallerent, ne depositum adpellati abnegasent.* Ni debe por último pasarse en silencio la elegante observacion de Causauboni en sus *Lectiones ad Teocritum*, p. 85., *quod crediderint veteres cum dentes amittere*

qui depositum abnegasset. No debe pues estrañarse que se considerase como digno de infamia la que renunciaba á la buena fe hasta el punto de negar un depósito.

§. DCCCX.

Del otro axioma en que se dice que solo se transfiere la custodia de la cosa, se infiere claramente 3) que se hace reo de hurto de uso el depositario que contra la voluntad del dueño usa de la cosa depositada: 4) que sin embargo puede hacerse del depósito, ya espresa, ya tácitamente, un mútuo ó un comodato; espresamente, si se convienen en que el depositario pueda si se quiere usar de la cosa; tácitamente, si se entrega una cosa consumible sin que vaya cerrada ni sellada, porque entonces es claro que el depositante debe contentarse con recibir otro tanto en el mismo jénero, en atencion á que las cosas consumibles por su naturaleza no suelen admitir precio de aficion.

§. DCCCXI.

Finalmente, del tercer axioma deducimos: 1) que por lo regular el depositante presta la culpa levísima, y el depositario la lata. Decimos por lo regular, porque no tiene duda que sucede de otra manera si el depositario se ofreciere espontáneamente, §. 788. 3., ó si el depósito se convirtiere en mútuo. En efecto, el mútuo es una enajenacion; el deudor se hace dueño, y el dueño debe tomar sobre sí el caso fortuito; por consiguiente lo mismo sucederia cuando del depósito se hace un

mútuo. 2) Con razon tambien deberá prestar mayor culpa el depositario que es moroso en restituir, y aun puede entonces suceder que cargue sobre él el caso fortuito.

§. DCCCXII. DCCCXIII.

Vamos ahora despues de estas esplicaciones á indicar algunas divisiones del depósito. Uno es *simple* y otro *miserable*; aquel es el que hemos explicado arriba; este será cuando alguno por incendio, ruina, naufragio, y en fin por alguna calamidad urgente, pública ó privada, deposita alguna cosa. Efectivamente, siendo al doble mas vergonzoso añadir afliccion al aflijido, por eso las leyes en este depósito conceden la accion del duplo, si en alguna manera aparece dolo en el depositario. Tambien es singular el género de depósito llamado *secuestro*, y se diferencia de los otros: 1) en que en los demas depósitos depositamos con nuestro consentimiento y voluntad, al paso que la secuestracion se hace contra esta última: 2) en que el depósito tiene lugar en todas las cosas muebles, y el secuestro tan solo en las litijiosas y tambien en las inmuebles, y aun á veces en los mismos hombres. Efectivamente, se debe notar el caso que en el *cap. 14. X. de sponsalibus* se halla, de que la desposada que contrajo dos esponsales, persistiendo el primer esposo y durante el pleito, debe ser secuestrada en un monasterio ó en casa de una matrona honesta para evitar que el segundo arme lazos á su pundonor. 3) Se diferencia tambien de los demas depósitos el secuestro en que aquellos son gratuitos, y el secuestro, por estar

aneja á él la carga de la administracion, admite recompensa; pero ya se deja conocer que por lo regular no hay lugar á este secuestro, pues de este modo sucederia que el reo no gozaria del beneficio de posesion, la cual le corresponde hasta que recaica la sentencia judicial. Solo pues se debe admitir en tres casos ademas del que ya hemos visto por el *cap. 14. X de sponsal.*, á saber; (a) si amenaza peligro de fuga y la cosa es mueble: (b) si hay miedo de armas, ó (c) de dilapidacion de bienes. Por esta razon aun en el derecho público se reputa por sumamente odioso el que un emperador secuestre las provincias de sucesion dudosa, como consta por el ejemplo de la sucesion del ducado de Juliers, cuya historia es bastante conocida.

§. DCCCXIV. — DCCCXVII.

No será pues ya difícil entender las acciones que nacen de estos negocios. La accion se llama de *depósito* por ser de contrato nominado. La accion *directa* compete al depositante para recibir la cosa: la *contraria* para la indemnizacion. Asi tambien la accion *secuestraria* que nace del secuestro, compete al vencedor contra el depositario del secuestro para que este dé cuentas y restituya la cosa: y la *contraria* al último contra el vencedor para la indemnizacion. Pero la accion de depósito tiene de particular, que ni la escepcion de dominio, ni el derecho de retencion, ni la compensacion tiene lugar contra ella escepto en el único caso de que se hubiesen hecho gastos en la cosa depositada, pues entonces aun se puede retener hasta que estos gastos hayan sido satisfechos. Y

268 *De que modos se contrae obligac. etc.*

esta es, segun los eruditos, la razon porque en el Dijesto se trata, antes del título de depósito, la materia de compensaciones, por tener estas lugar en todos los contratos anteriores, mas no en el depósito.

§. DCCCXVIII. DCCCXIX.

Falta el último contrato real, á saber; la *prenda*. Esta palabra tiene tres significaciones en el derecho, unas veces denota *la misma cosa dada en prenda*; otras *el contrato* por el cual se constituye la prenda, y otras *el derecho de la cosa empeñada* que tiene el acreedor despues de la tradicion. Si se considera la prenda como derecho en la cosa, nacen de ella las acciones reales *serviana y cuasi serviana ó hipotecaria*, que se da contra cualquier poseedor para recibir la posesion de esta prenda en la L. 20. ff. Pero si se mira como contrato, como se hace en el *lib. III. ff.*, nace de él la accion pignoraticia que solamente el deudor y el acreedor tienen entre sí. Nosotros la tomamos aqui en este último sentido, y decimos que es *un contrato real por el que da el deudor al acreedor en seguridad del crédito una cosa con la obligacion de que pagada la deuda le restituya la cosa en especie.*

§. DCCCXX.

Esta definicion será ilustrada por los siguientes axiomas: 1) se pueden dar en prenda todas las cosas que prestan seguridad; y prestan seguridad todas las que tienen precio. De donde se infiere

fácilmente que las cosas sagradas y otras que están fuera del comercio no pueden empeñarse. 2) Por este contrato solo se transfiere la posesion natural. 3) Este contrato se hace en utilidad de ambos; del acreedor, porque recibe una seguridad; y del deudor, porque mas fácilmente halla dinero.

§. DCCCXXI.

Del primer axioma deducimos que todas las cosas pueden empeñarse, así las *incorporales* como las *corporales*, con tal que esten en el comercio y no sean litijiosas. El empeño es una especie de enajenacion. De aqui se infiere fácilmente, por qué el marido no puede empeñar el fundo dotal, aunque consienta en ello su mujer, por cuanto tampoco puede enajenar ni aun con consentimiento de esta, *pr. Inst. quibus alien. lic. vel non.* Podrá acaso parecer que tambien las cosas ajenas pueden darse en prenda. Pero esto se debe entender si el dueño consiente, pues á no ser así siempre tendrá derecho este para vindicar la cosa de cualquiera poseedor.

§. DCCCXXII.

Del segundo axioma inferimos: 1) que no puede usar de la prenda el acreedor, á no mediar el *pacto anticrético*, que es el pacto por el cual se concede al acreedor por via de usuras el uso de la prenda. Pero este pacto añadido es gravoso al acreedor, en atencion á que quedará obligado á dar cuentas y restituir los fratos que recibió escedentes de las usuras léjítimas, para que de esta

270 *De qué modos se contrae obligac. etc.*

manera no se introduzca el desórden usurario. Esta es la razon por qué algunos aconsejan que es mejor transferir el dominio al acreedor con pacto de retrovendendo. De este modo es verdad que se librará de la carga de dar cuentas, pero tendrá sobre sí otra mayor, porque será responsable del caso fortuito. Lo que sí se debe tener presente es que no de todos los frutos hay obligacion de dar cuenta, sino tan solo de los ciertos: cuya cantidad es la misma todos los años. 2) El mismo axioma nos enseña la diferencia que hay entre la prenda y la hipoteca. La prenda es un contrato, la hipoteca un pacto pretorio; aquella lleva consigo la tradicion; esta subsiste sin ella. Por lo demas, asi de la prenda como de la hipoteca nace derecho en la cosa.

§. DCCCXXIII.

Finalmente, del tercer axioma deducimos una conclusion facilísima, y es, que ambos contratantes están recíprocamente obligados á prestarse la culpa leve. Antiguamente pareció obstar á esto la L. 13. §. 1. ff. de pign. act., en que dice Ulpiano: *Viene pues en esta accion el dolo, y la culpa, como en el comodato: viene tambien la custodia; la fuerza no viene: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut et in commodato: venit et custodia: vis major non venit*. Pero á esta ley restituyó su jenuino sentido el sábio Nood, mudándole una letra. En lugar de *ut* lee *at*, y entonces querrá decir: *Viene en esta accion el dolo y la culpa; pero en el comodato viene tambien la custodia: la fuerza mayor no viene. Venit in hac actione et dolus et culpa: at in commodato venit et*

custodia, vis major non venit. Solamente en el único caso de haber el acreedor ocupado por su propia autoridad, estará este obligado á prestar la culpa levisima, L. 30. *D. de pignorat. act.*

§. DCCCXXIV. — DCCCXXVI.

Resta hablar de las acciones que nacen de este contrato. Ambas se llaman *pignoraticias*, por ser este contrato de la clase de los nominados. La accion pignoraticia ó es directa ó contraria; aquella se da al deudor, mas no basta haber pagado la deuda, esta se da al acreedor, mas no basta despues de devuelta la prenda. Por aquella se pide la devolucion de la prenda y la satisfaccion de la culpa; y por esta lo mismo que por toda accion contraria, se pide la indemnizacion.

TITULO XVI.

De las obligaciones verbales.

§. DCCCXXVII. DCCCXXVIII.

Habiendo ya tratado de los contratos reales, siguen ahora los verbales, en los cuales para producir obligacion nada se requiere mas que solemnidades. Sabido es que por derecho nuevo no hay mas que un contrato de esta clase, mas por el antiguo habia tres: estipulacion, promesa de dote, y la promesa jurada de obras ó servicios hecha al patrono. Despues hablaremos de la estipulacion; antes diremos que *promesas de dote* era la solemne declaracion del suegro en que manifestaba

272 *De qué modos se contrae obligac. etc.*

cuanta dote habia de dar, á la que se seguia la aceptacion del yerno. Esto se colije del pasaje de Terencio en su *Andria act. V. scen. VI v. 57.*, cuando habiendo dicho Cremes: la dote, Panfilio, asciende á diez talentos; y respondido Panfilio la recibo, añade Escoliastes: *si no hubiera dicho la recibo, no habria dote. La donacion se confirma por la aceptacion, ni puede parecer dado aquello que no ha sido aceptado.* De donde se deduce la diferencia que hay entre la dicion de dote y la donacion y la promesa, pues la dote se daba cuando se depositaba en poder de los augures, y se prometia por una verdadera estipulacion (*) V. nuestras. *Ant Rom. L. 2.*

(*) Asi 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 pribarles 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 vijente entre los jermanos, asirios, babilonios, armenios y hebreos; pero permaneci6 por mas tiempo entre los jermanos y las naciones que han traído su orijen de los mismos. No obstante esta costumbre tan jeneral, 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 jermanos, entre los [cuales los maridos compraban á sus mujeres. Y se consideraron en Roma tan necesarias los dotes, como que ellas solas diferenciaban las concubinas de las mujeres lejitimas. Pero posteriormente,

tit. 8. §. 4. La promesa jurada de obras consistia en no ser el siervo manumitido antes de prometer

habiéndose dado la ley 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 Paulo llevó en dote veinte y cinco talentos, y el Africano el mayor prometió á ambas hijas en nombre de dote cincuenta talentos; pero no siempre consistia la dote en dinero contante, sino tambien en fondos y predios , tanto urbanos como rústicos, en esclavos y en esclavas, y en otras cosas que admitian estimacion, y podian 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 veces estos vocablos solemnes y se substituyeron otros. *Darse* la dote se decia si estando presente se ofrecia al marido, lo que se hacia comunmente con la ceremonia de consignar el dinero en poder de los augures, en la víspera de la boda para entregársele al marido al dia siguiente de celebrada esta. *Le prometia* la dote, interpuesta estipulacion, con tal que la persona interrogada respondiese y prometiese al estipulante, solíendose pagar la dote prometida en tres plazos, esto es; al primer año uno; al segundo otro, y al tercero el último. Finalmente, la *diccion de dote* se hacia con ciertas palabras solemnes, y consistia en que el que la habia de decir nombraba la suma, y el esposo la recibia, sin mediar estipulacion.

Decir la dote podia la misma mujer, ó su deudor, 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 aqui es, que si no le tenia, se le debia dar por el pretor Urbano, segun la ley Papia Popea, para *dar la dote, decirla ó prometerla*.

Cualquiera cosa que daba el padre de la novia al yer-

con juramento contribuir despues de la manumision al patrono con ciertos trabajos fabriles, aten-

no ó al padre de este para sostener las cargas del matrimonio, se llamaba dote *profecticia*. Y *adventicia* las cosas que cualquier otro le ofrecia. Antiguamente ambas á dos 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 distinguirse 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 antes el padre que ella, permanecía todo en poder del marido. La *adventicia* siempre la adquiría 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 no arrojasen 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, si no tambien se mandó en el reinado de Augusto, que él marido no pudiese enajenar el fundo italico dotal sin consentimiento de la mujer, ni obligarle aunque consintiese. La razon por qué se limitó esta ley á solos los predios italicos, es porque solos ellos podian ser usucapidos, y no los provinciales. De aqui es que no se necesitaba prohibir al marido la enajenacion del predio dotal provincial, porque la mujer podia facilmente 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 dotales sitos en las provincias, y al marido su enajenacion, aun consintiendo la mujer.

ciones y regalos. Prometian con juramento, porque entre el señor y el siervo no podia mediar estipulacion, y entonces el pretor no declaraba libre al siervo por vindicta, á no ser que de nuevo prometiese. Pero asi la dicción 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 aqui las palabras *estipulante* y *prometiente*, y el llamarse tambien *promesa* el mismo contrato.

§. DCCCXXX. 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 cuanto es lo que entra en la estipulacion, L. 75. *pr. ff. de verb. obl.*, lo cual sucede siempre que se ha prometido algun jénero 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 hay para que repetirlo aqui.

§. DCCCXXXII. DCCCXXXIII.

Pasemos mas bien á los axiomas acerca de las estipulaciones, que vamos á esponer en estos dos párrafos. 1) Cuando se ha añadido 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 prometiente le quede el espacio de tiempo necesario para proporcionar la cosa. 2) La condicion imposible vicia la estipulacion. La razon de este axioma la dimos al §. 549., y es, que del que consiente en semejante condicion se debe creer ó que está loco, ó que se chancea. 3) En la promesa desde cierto dia, el dia empieza, pero no viene hasta que llega el dia. Y sin embargo, no por eso se deben usuras por razon de la morosidad, á no haberse prometido especialmente, porque este es un contrato de derecho estricto. 4) Si se ha prometido hasta cierto dia, por ejemplo, hasta diez años, la obligacion es perpétua 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 tan solo producen escepcion. 5) 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 dia que fueres cónsul; ó en estos otros: te daré ciento si llegas á ser cónsul? 6) 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 adquirian para el padre, aun cuando el hijo al casarse haya sido emancipado. 7) 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. 8) 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 exijia del heredero ó legatario; pero esta caucion solo pertenece á las últimas voluntades. 9) La esperanza fundada en la estipulacion pasa tambien á los herederos. De aqui es, que habiéndoseme prometido para el caso de que una nave volviere de la India, muerto yo antes que existia esta condicion, en existiendo pueden pedir mis herederos. Y por qué en los legados sucede lo contrario?

278 *De las obligaciones verbales.*

Porque antes de la muerte del testador no tiene el legatario derecho adquirido que pueda transmitirse á sus herederos, pero el estipulante tiene por el consentimiento este derecho. Y asi es de poca fuerza la razon que en contra dan algunos fundándose que el afecto para con el heredero no es menor que el afecto para con el estipulante. 10) Nadie puede obligar á otro con su promesa, ó estipular para otro, §. 15. *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. 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 *accion de lo cierto*, y si de una cosa incierta, *accion 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 fijar la diferencia. Por consiguiente, quien deduce esta accion es el estipulante ó su heredero contra el *prometiente* ó el heredero de este para que presten la cosa ó el hecho, pero no las usuras, en atencion á que estas, segun dejamos dicho, no se deben por contrato de derecho

estricto, á no ser que se hayan prometido especialmente.

§. DCCCXXXVI. DCCCXXXVII.

Como esta accion se da tambien para prestar un hecho, se suscita aqui la cuestion de si es cierto lo que se dice vulgarmente, que el prometiente 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 jurisconsultos; pero son del parecer contrario algunos pocos, pero buenos, 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. exhibent.* Pero el que consultare estos textos, al instante echará de ver que en ellos no se concede al prometiente 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 lo que importe este hecho. Objetan ademas, que Justiniano en el §. *ult. Ins. 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 veces es incierta la estimacion de este hecho, y la prueba por consiguiente difícil si se quiere pedir el importe.

§. DCCCXXXVIII....

TITULO XVII.

De lo que sucede cuando hay dos reos de estipular y prometer.

§. DCCCXXXIX.

La doctrina que ahora sigue es mas sutil, y sin embargo muy 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.

I.) La regla es esta: *quando 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 aqui es, por ejemplo, que si yo y mi hermano prometemos ciento, cada uno debemos cincuenta; y si á mi hermano y á mí se nos ha prometido ciento, tambien se nos debe á cada uno cincuenta. Pues la obligacion entre muchos prometiientes y estipulantes se divide entre ellos *ipso jure*. En esto consiste la regla.

§. DCCCXL. DCCCXLI.

Pero esta regla 1) tiene una escepcion, á saber: si la obligacion es *co-real*, porque entonces 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 prometiiente? Mas respondo, que aquí no se llama reo aquel á quien se pide, sino la persona contrayente; y el estipulante y prometiiente contraen. El oríjen del vocablo viene de la palabra *re*, 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 reos de prometer los que respondian congruentemente á la misma pregunta, y los 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. Lue-

282 *De lo que suc. cuando hay dos reos.*

go Calicles y Charmidas eran reos de prometer. Ahora supongamos que el esposo pregunta al suegro: prometes la dote de mil aureos? (*) y que este responde: prometo; y que luego el padre del esposo pregunta tambien: me darás estos mil aureos? y que responde este: los daré. Entonces el padre y el hijo son reos de estipular.

§. DCCCXLV. DCCCXLVI.

Esto acerca de las definiciones de los reos, y de los modos de introducir su obligacion. Ahora toca ver sus efectos. El 1) de ellos es que cada uno de ellos se obligue *en el todo*, esto es, que no sea necesario que yo demande á uno y otro, sino que tengo el arbitrio de intentar accion contra cualquiera de ellos, y pedirle toda la suma. 2) Que pagado 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. 3) Que no gozan los 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*, h. t. En su apoyo traen violentamente el texto de la *Nov. XCIX. C. 1.*, donde se dice que tambien los reos tienen el beneficio de division. Pero si le examinamos, alli se trata del caso en que los reos salieron al mismo tiempo fadores unos por otros. Entonces tienen este bene-

(*) Moneda de oro, y en España se llamaba así la que hoy día conocemos con el nombre de escudo.

ficio como fiadores, y no como reos; pues la obligacion co-real se introdujo con el fin de que no se dividiese la obligacion entre los prometiientes. Asi esplicó esto, despues de Cujacio y otros, Hubero en sus *Praelect. Inst. ad h. t.* 4.) Que cada uno de los 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*. 5) Que entre los reos de estipular hay el derecho de prevencion; de manera que si uno lo exige primero, no puede repetirlo luego el otro, porque el prometiiente lo debe solo una vez.

§. DCCCXLVII.

Podría alguno preguntar, si uno de los reos ha conseguido el todo, qué accion tiene entonces el otro para lograr su parte? Se responde que se ha de distinguir, si estos reos de estipular son ó no socios. En el primer caso interponen entre sí la accion de sociedad, porque esta compete para comunicar el daño y el lucro. En el último caso no tienen ninguna accion. No tiene la de *mandato*, porque aquel á quien se le debe el todo no obra por otro, sino por sí mismo. *No tiene la de agencia de negocios*, porque no maneja negocios de otro, sino los suyos. Ni últimamente tiene la *accion de lo estipulado*, porque aquella estipulacion no se verifica entre los reos, sino entre estos y el deudor. De lo que se deduce que por derecho romano no les resta ninguna accion; sin embargo de que les quedaba el amparo del oficio del

284 *De las estipulaciones de los esclavos.*

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.*

TITULO XVIII.

De las estipulaciones de los esclavos.

§. DCCCXLVIII. DCCCXLIX.

Nada ocurre aquí que no debamos saber por lo dicho en el título *por medio de qué personas adquirimos*. Allí sentamos el principio de que se adquiere por medio de nuestras cosas. Estando pues también los siervos en la clase de cosas nuestras, es consiguiente que tampoco por la estipulación adquieren nada para sí, sino todo para el señor. Y de este fundamento nacen ahora las siguientes conclusiones. 1) 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) 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 deunce, con la misma proporción se dividirá también entre ellos la suma prometida. Sin embargo, se exceptua el caso en que el siervo estipule para uno de los dueños especialmente y por su mandado. 3) El siervo hereditario adquiere para la herencia. Pues aunque la herencia yacente no tiene dueño, se finje no

obstante que ella 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 entonces no se debe al dueño, sino al siervo, §. 2. *Inst h. t.* Y por tanto, si alguno promete que quitará siempre la baba al siervo, no por eso puede exigir el dueño que se le afeite á él. La razon es porque aqui 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....

TITULO XIX.

De la division de las estipulaciones.

§. DCCCLII. DCCCLIII.

Arriba vimos varias divisiones de las estipulaciones, §. 850. y sig.; pero resta ahora una que se examina particularmente en este título. Unas estipulaciones pues son *pretorias*, que sigue 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

286 *De la division de las estipulaciones.*

los particulares á su arbitrio. De las convencionales pueden ser innumerables las especies. Pues como arriba dijimos, no se verificaba ningun negocio ni de compra, ni de locacion y conduccion, ni de dote, ni otro alguno á que no se acostumbrase agregar la estipulacion como el principal fundamento de las demas obligaciones. Lo que demostró con mil ejemplos Brisson 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 aun 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. Entonces á la verdad no tengo aun accion, porque no me ha resultado daño; sin embargo, puedo exigir la caucion de que si dentro de cierto tiempo se sigue ruina, me resarcirá todo el daño. Se ha de observar pues aqui: 1) 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 aun amenaza peligro, se repetirá la estipulacion. 2) Si el otro no quiere afianzar, se puede hacer introduccion en su casa en virtud de un primer decreto, como el otro no se afiance dentro de cierto tiempo. 3) Si tambien se escusa entonces, hay lugar á la introduccion en virtud de segundo decreto, de suerte

que venda la casa y se entregue 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 viendo todavía el dia ni en uno ni otro caso, y no debiéndose siquiera en el primero, facilmente podria suceder que el heredero consumiese entre tanto los bienes, ó discurriese otros medios para no entregar el legado. Por tanto, para que el legatario y fideicomisario esten seguros respecto del legado y fideicomiso que se les debe, puedan exigir del heredero caucion de que prestará los legados ó fideicomisos cuando venga el dia, y el pretor mandaba prestar esta caucion. Por lo que esta caucion por conservar legados es pretoria, L. 114. §. 12. *ff. de legat. 1.*, y todo el *tit. ff. ut leg. nom. cau.*

§. DCCCLVI.

Estas eran las estipulaciones pretorias: siguen las judiciales que antiguamente mandaba prestar el juez pedáneo, y no el pretor ni otro majistrado. Tal es la caucion de *dolo malo*, que hace falta cuando se litiga sobre la restitution de alguna cosa, por ejemplo: entablada la vindicacion de la cosa, ó la condicion furtiva. Pues entonces, si durante el juicio aparece que el poseedor usa mal de la cosa, deteriorándola de tal modo que perezca, no la podrá restituir íntegra, sino como en esqueleto, el juez pedáneo, pidiéndolo el actor, manda

288 *De la division de las estipulaciones.*

afianzar que el poseedor entregará la cosa sin dolo ni detrimento, si se le condena en la sentencia, L. 20. L. 54. ff. de rei vind. 15. ff. de pig. act.

§. DCCCLVII.

Del mismo jénero es la caucion de *perseguir al siervo que se ha fugado*; la cual tiene tres usos. Pues 1) 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 perseguirá diligientemente al siervo que huyó, L. 14 §. 10. ff. quod met. causa. 2) Si uno niega al legatario el siervo que se le habia legado diciendo que se ha fugado; pues entonces manda el juez al heredero que persiga al siervo á sus espensas, y que afiance que asi lo hará, L. 39. L. 69. §. ult. ff. de leg. 1. 3) Si el marido recibe de la mujer un siervo dotal, y al restituirle, disuelto el matrimonio, dice que se ha fugado; pues entonces debe afianzar el marido que le perseguirá á fe de buen varon, y le entregará, L. 25. §. 3. ff. solut. matr.

§. DCCCLVIII.

Ultimamente, 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 hay 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 infieren *dos* en este §. I. La *caucion de que se conservarán salvas las cosas del pupilo*; la cual prestan los tutores lejitimos y los dados por los majistrados menores no los testamentarios, cuya confianza probó el testador, ni los dados por los majistrados mayores, porque la pesquisa de estos tenia el valor de caucion. De cuyo asunto se ha tratado arriba 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 objecion de que nunca afianzó que le quedarian salvas sus cosas. Entonces todavía se le mandará afianzar, L. 13 *pr. ff. de tut. dat. II*. La caucion de válido la presta el procurador, pero no todos; por lo cual se ha de notar esta distincion. O 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 quid fals. tut. auct.* O el procurador tiene verdadero mandato; en cuyo caso tambien es claro que no necesita caucion. O 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, entonces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida. Tit. ff. rem. rat. hab.* Si esta caucion se exige antes de la contestacion del pleito, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX. DCCCLXI.

Ultimamente, siguen las cauciones ó estipulaciones *convencionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. Pues la estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios, y de aquí es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion. Por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, L. 7. §. ult. *ff. de contr. emt.* Plauto, *Epid. act. III. scen. IV.* A nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas. Por ejemplo: que la cosa está sana; que el caballo come y bebe como es conveniente, L. 15. §. 4. *ff. de act. emt.*; que el siervo está sano, que no es ladron, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo agregaban las estipulaciones á las locaciones y conducciones, L. 58. §. 1. *locat. ff.*, al mútuo; de las usuras ó del modo de prestar la pena convencional, L. 3. *C. de usur.* L. 15. *ff. de novat.*; últimamente, acompañaban las estipulaciones á los sponsales, 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 jurisconsultos ejemplos bus-

cados de todas partes con esquisita diligencia y trabajo casi admirable el eruditísimo Brissonio en en la mayor parte del lib. 6 de form.

TITULO 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) Por las personas de los contrayentes si no pueden obligarse prometiendo, §. 863. 866. 2) Por las cosas que entran en la estipulación, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposición y arbitrio, §. 867. 868. 3) Por no guardar la forma de la estipulación, §. 869. 871.

§. DCCCLXIII. DCCCLXIV.

Por la calidad de las personas no pueden menos de ser inútiles algunas estipulaciones. Pues 1) *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 sordo-mudos pueden estipular ni prometer. Pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulación ni promesa. (b) Que los pupilos mayores de la infancia pueden ciertamente

292 *De las estipulaciones inútiles.*

estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer. Pues cuando prometen se obligan, y por tanto hacen peor su condicion. Al contrario, cuando estipulan hacen mejor su condicion, §. 251., pues que otro se obliga á ellos. Aqui ocurre esta importante cuestion: se obligan *el pupilo y el menor* á lo menos naturalmente? La mayor parte afirma que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapaces de obligacion civil. Empero aun cuando esto sea muy cierto respecto del pupilo, sin embargo, los menores tambien 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. 101. ff. V. O.* se dice *que los púberos pueden obligarse por medio de la estipulacion sin el consentimiento de los curadores*, quién negará que en este lugar no se entiende la obligacion natural, sino la civil? Verdad es que de la estipulacion no nace obligacion natural, sino civil. (b) Ni se infiere otra cosa de la *L. 43. de O. y A. L. 9. §. 4. ff. de jure jur.*, donde dice el juriconsulto 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 restitucion *in integrum*. Porque, qué necesidad tenian de restitucion, si no estaban obligados civilmente y con efecto? 2) El otro axioma que aqui notamos es, que toda estipulacion requiere dos personas, una estipulante y otra prometediente. Pues la estipulacion es un contrato, y contrato es el consentimiento de dos ó mas sobre una misma cosa. De esto se deduce claramente (a) que no existe estipulacion entre el

padre y el hijo, porque jurídicamente son una persona, y no dos, §. 139. 6.; (b) ni entre el dueño y el siervo, que tambien estan ligados por el vínculo de potestad. Y ciertamente, no siendo el siervo por derecho romano persona, es evidente que mucho menos negociando el dueño y el siervo pueden considerarse como dos personas. (c) Ultimamente, es digno de observarse que dos hermanos constituidos 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 es igual que si 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. DCCCLXVI.

El tercer axioma es: *ninguno puede estipular para otro mas que para sí mismo.* La razon de este axioma se da en el §. 19. *Inst. h. t.*, diciéndose que se han inventado las estipulaciones ú obligaciones para que cada uno adquiriera para sí lo que le convenga. Por lo demas, si se da á otro, nada importa al estipulante. Pero no hace falta que hagamos mas digresiones. Basta decir que esto se deriva de la misma naturaleza de la obligacion. Pues esta es un vínculo del derecho, por el cual somos estrechados á pagar alguna cosa, §. 768. Y de esta definicion se sigue inmediatamente que la

294 *De las estipulaciones inútiles.*

obligacion 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 quería demostrar. Ahora fácilmente se entenderán los siguientes axiomas. a) El padre no puede estipular para el hijo á no ser heredero, L. 17. §. 4. L. 33. ff. *de pactis*. Pues aunque semejante estipulacion 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 entonces 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 prome-tiente se obliga solo al estipulante, estando sin embargo en arbitrio de aquel 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 transfiere 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, §. 19. *Inst. h. t.*

§. DCCCLXVII. DCCCLXVIII.

Hacen inútil la estipulación las cosas que entran en ella: 1) ó porque no están en el comercio, por ejemplo: si uno promete un templo: 2) 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.* §. 1. h. t., se leen las siguientes palabras: *Si quis rem quae in rerum natura 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.* También estipulamos inútilmente: 3) cuando ya son nuestras las cosas que se nos prometen. Cómo puede dárse nos ni hacerse nuestro lo que ya nos pertenece? 4) Porque las cosas sean torpes ó imposibles. A la verdad, las cosas torpes también son imposibles moralmente; como muy bien y elegantemente observa Papiniano, L. 15. ff. de cond. instit., y no hay ninguna obligación á las cosas imposibles; 5) porque se prometa un hecho ajeno, pues nadie puede prestarle. Sin embargo, se ha de distinguir si uno prometiese un hecho meramente ajeno, ó que él lograría que otro lo hiciese, ó últimamente, si se obligase á la indemnización. En el primer caso la promesa es inútil. En el segundo es útil, pero el prometiente se li-

bra si prueba que por su parte hizo lo que pudo, porque ninguno está obligado á cosas imposibles. L. 185. *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: 1) en el consentimiento de los contrayentes: 2) en la conformidad entre la respuesta y la pregunta: 3) en las palabras proferidas vocalmente estando uno y otro presente. Si faltase alguna de estas tres cosas no existe estipulacion. Colejimos pues del *primer* requisito que todas las estipulaciones son inútiles: 1) cuando el prometiende y el estipulante no convinieron en lo mismo; lo que sucede por error en la cosa ó en la persona. Pues si solo es accidental el error, es inútil la estipulacion. 2) Cuando estipula ó promete uno bajo de condicion imposible. Pues entonces consienten á la verdad los contrayentes, pero al mismo tiempo muestran 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, §. 11. *Inst. h. t. L. 31. ff. 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 entonces no vale la estipulacion ni aun en la suma en que se convino, como si se prometiese menos de la cantidad que se pedia. Pues aunque la parte se contenga en el todo, L. 113. ff. de R. J., sin embargo, existe un texto 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 prometiende estará obligado respecto de esta, §. 17. *Inst. h. t.* Ultimamente, inferimos del tercer axioma *que no puede intervenir ninguna estipulacion entre los ausentes*. Por tanto, en vano estipulaba uno por cartas, por un comisionado ó procurador. Pues la estipulacion es un contrato verbal, el cual es 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. Y de aqui la regla de los doctores de que á favor de la escritura existe la presuncion de la verdad y solemnidad, cuyo fundamento está en el §. 17. 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.

TITULO XXI.

De los fiadores.

§. DCCCLXXII. — DCCCLXXIV.

Trátase aquí de los fiadores, porque la fianza es una especie de estipulación que no se contraía de otro modo que por una pregunta y correspondiente respuesta: afianzas? afianzaré: prometes salir fiador? prometo: prestas caucion? presto: mandas? mando. De donde viene que los fiadores se llamaban tambien *fideipromissores*, *adpromissores*, y si la fianza se hacia antes que se contraiese la deuda principal se denominaban *mandatores*. En cuanto á lo demás se pregunta: 1) qué es fianza, y cuál es su naturaleza, §. 873. y sig.: 2) quiénes pueden ó no salir fiadores, §. 875. y sig.: 3) á qué obligaciones puede aplicarse la fianza, §. 877. y sig.: 4) qué efecto tenga aquella, §. 879.: 5) 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 aquella*. Y nada se pone en vano en esta definicion. Decimos que el fiador *consiente* en una obligacion ajena, pues la fianza es un contrato accesario, como le llama muy bien Puffendorf; y de aqui es que antes 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*. Y 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 para mayor seguridad del acreedor. Y asi, si 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. 18. 19. Si te hubiese causado algun daño, ó te debiese alguna cosa Onesimo, 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. 1) *La fianza es estipulacion*. Pues en otro caso no se diferenciaria de la promesa. 2) *La fianza es un negocio civil y varonil*. Asi se llama espresamente en la L. 1. ff. *ad Sc. Vellej.*, y en la L. 2. *pr. ff. de R. J.*, porque se celebraba este negocio á presencia de varones, Jac. Gothfr. *Coment. ad Reg. Jur. L. 2.* 3) *La fianza es un contrato accesorio*. Pues se ha inventado en seguridad del acreedor para tener obligado al deudor, y si este no paga al fiador. 4) *Antiguamente el fiador estaba obligado como conreo; en el dia solo subsidiaria-*

mente. A saber; antiguamente estaba en el arbitrio del acreedor reconvenir al deudor ó al fiador segun queria, L. 20. *ff. de cond. indeb.* L. 16. §. ult. *ff. de fidejuss.* L. 5. *C. de fidejuss.* Y de aqui aquel dicho de Thales Milesio, *prométeme y el daño estará cercano.* A la verdad, el mismo derecho tiene hoy dia el acreedor de poder demandar al deudor ó al fiador; pero este goza en el dia del beneficio de orden, de que se hablará abajo. Y si usa de él no está obligado á pagar, sin que antes se proceda contra los bienes del deudor principal.

§. DCCCLXXV. 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 segun el segundo, los que pueden celebrar un negocio civil y veronil. Asi como del primero se sigue naturalmente que no pueden salir fiadores los niños, los furiosos, los mentecatos, sordo-mudos, por no saber lo que hacen, ni poder proferir las palabras solemnes, y ni aun los pródigos, pupilos, menores, sin acompañar la autoridad del tutor, asi del último puede inferirse la razon por qué tampoco los militares pueden afianzar por los paisanos, L. 8. §. 1. *qui satisd. cog.*, ni los clérigos por los legos, Nov. 123. C. 6, ni 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 condicion del dinero pagado; á no ser que 1) saliese fiadora de sus cosas, L. 8. §. 1. *ff.*

qui satisd. cog., 2) ó recibiese algo por la fianza, 3) ó usase de dolo, 4) ó ejerciese el comercio, 5) ó si renunciase á su privilegio. El afianzar la mujer por el marido lo prohibió la *Auth. si qua mulier C. de Sc. Vellei.*, y por tanto esta fianza es de ningun valor, á no sér que la mujer renunciase. Y ha de observarse 1) que antes de la renuncia debe la mujer estar cierta de su privilegio, y 2) que segun la práctica puede renunciarse estrajudicialmente el senado-consulto Veleyano, *L. fin. §. penúlt. ff. de fr. dejurs. L. 2. C. de Sc. Vell.*; mas conforme á la auténtica ya descrita solo con juramento y judicialmente, *cap. cum contingant. X. de jure jur.*

§. DCCCLXXVII. DCCCLXXVIII.

La tercera pregunta en este título es, en qué negocios pueden añadirse fiadores? Segun el axioma tercero respondemos: 1) en todos los contratos, y aun 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 afianza por el pupilo que promete sin la autoridad del tutor, el pupilo no puede ser ofendido, y sin embargo estaria sujeto al 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 *Sc. Veleyano*. Por tanto, si uno sale fiador por la mujer que afianza, no queda obligado; pero sí afianzando por un deudor que sea hijo de familias; porque la ley reprueba mani-

fiestamente la obligacion de la mujer que afianza, y el senado-consulto Macedoniano no desecha la obligacion natural del hijo de familias si toma dinero prestado, sino que solo le concede una escepcion; y si la ley reprueba ó no enteramente la obligacion, lo conoceremos fácilmente mirando si la ley concede solo una escepcion, como lo hace el Sc. Macedoniano, ó tambien accion ó condicion de lo que no se debe, como sucede en el Sc. Veleyano. Mas se pregunta. 2) Se admiten tambien fiadores en los delitos? Debe distinguirse si la accion es popular ó no. En las populares están desterrados los fiadores, L. 56. §. ult. h. t. En las demas se distingue si la causa es capital ó no. Si la pena es meramente pecuniana, bien pueden darse fiadores en la obligacion, L. 56. §. ult. L. 70. §. ult. ff. h. t. Tambien se admiten fiadores si no aparece uingun indicio contra el reo, y este, conseguido un salvoconducto, quiere dar fiadores de presentarse en juicio. Mas no se admite fiador por el suplicio capital, ó amenazando pena corporal afflictiva, porque no puede el fiador sufrir esta pena si se fugase el reo. Se pueden ver ejemplos de esto en Andovide, *Ora. de misteris; Cic. de amicit. C. 10. Excerpt. Petresc. p. 244; Hygin. Fab. 257.*, cuyos ejemplos quiso tambien apoyar el esclarecido jurisconsulto Paull. Voet. *de stat. sect. V. c. II. §. 22.*; pero fue refutado sólidamente por Hercio *ad Puffendorf de J. N. et G. Lib. V. c. 10. §. 12.* Del mismo axioma se deriva, 3) 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, porque el accesorio debe seguir su principal,

no seria lo mismo, que debiendo yo por escritura se obligase el fiador dando 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. Ultimamente, inferimos 4) que estinguida la obligacion natural tambien se concluye la obligacion del fiador. Y tambien esto es conforme á derecho, porque lo accesorio sigue á su principal, L. 93. §. 2. *de solut.* Por tanto, si por ejemplo salí fiador de que otro se presentaria en juicio, y luego muere, ya no estaria yo mas 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, 1) no pagando el reo principal está obligado á hacerlo el fiador ó sus herederos. Pues con este fin se admitió este fiador. 2) Si son muchos los fiadores, se obligan en el todo. 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 de uno. 3) Los fiadores son reconvenidos por la accion de lo estipulado. Pues ya observamos que podian darse con sola la estipulacion, §. 873. 4) Si uno salió fiador hasta cierto tiempo, pasado este queda libre. Pues la culpa tiene el acreedor que sabiendo, por ejemplo, que el fiador está obligado solamente por un año, se descuida reconvenir dentro de él al acreedor, L. 44. §. 1. *de O. et A.* La morosidad del acree-

dor en la reconvencion liberta al fiador, y para esto se ha introducido por la *L. si contendat. 38. ff. de fidejuss.* la provocacion, por la que viendo el fiador que ocasiona tardanzas el acreedor (de modo que dejándose perder los bienes del deudor, puede el fiador ser vejado), provoca el fiador 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 perpétuo silencio.

§. DCCCLXXX.—DCCCLXXXII.

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. El primero se llama beneficio de *division*, y tambien beneficio de la *epístola de Adriano*, porque se introdujo por constitucion de este Emperador. El otro es el beneficio de *órden*, que tambien se llama beneficio de *escusion* y beneficio de la *nueva constitucion*. El tercero es el beneficio de la *cesion de acciones*. Hay lugar al beneficio de *division* siempre que muchos salieron fiadores por alguno. Pues si entonces tienen todos con que pagar, tienen el beneficio de no ser reconvenido uno por entero, sino cada uno de ellos á prorata, §. 4. *Inst. h. t.* Luego 1) este beneficio pertenece á los compañeros en la fianza, y no á los conreos que se obligaron en el todo, á no ser que al mismo tiempo sean mutuamente fiadores. Lo esplicamos arriba, §. 845. 3., aunque separándonos del vulgo de los doctores. 2) Mucho menos gozan de este beneficio los fiadores subsidiarios, porque son fiadores de fiado-

res, y por tanto quedan obligados no pagando estos, L. 27. §. ult. ff. de fidejuss., y lo quedan en el todo, á no ser que sean ellos mismos muchos en número. 3) Este beneficio cesa (a) si los fiadores omiten esta escepcion, L. 26. L. 30. ff. h. t. (b) Si los demas fiadores no tienen con que pagar; pues entonces 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 pais: (d) si los fiadores renunciassen 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. 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 que no sean reconvenidos los fiadores sin que antes se haga escusion de los bienes del dendor principal, esto es, sin que primero se le embarguen y vendan, y aparezca que no tiene con que pagar. Por tanto, de esta descripcion se infiere que en vano usa de esta escepcion el fiador, 1) 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. 2) Si se oculta ó fuga. 3) Si ha renunciado á este beneficio. Pues no se admite retroceso respecto de lo ya renunciado.

§. DCCCLXXXV. DCCCLXXXVI.

Ultimamente, 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. 17. *ff. h. t.* Y de aqui fácilmente se deduce que esta cesion debe hacerse antes del pago. Pues pagando parece 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. 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 de 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 su voluntad, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquel favor. Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son muy provechosas. 1) Cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal. Pues entonces no tiene contra este la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2) Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*. Pues entonces 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 arriba se ha demostrado, §. 875. 6. que no puede uno estipular para otro.

TITULO XXII.

De las obligaciones literales.

§. DCCCLXXXVII. DCCCLXXXVIII.

Hemos tratado tambien del otro jénero de contratos nominados, á saber; de los contratos verbales. Sigue el tercer jénero, 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 aun cuando se numeran 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. C. 8. §. 1. ff. de fidei. L. 1. §. 1. ff. de novat. De aquí es que Duareno, Wissembaquió, y otros infieren que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que antiguamente solo se contaban tres especies de contratos. Empero aun cuando se ha de confesar que Justiniano manifestamente dió nueva forma á la obligacion literal, sin embargo, 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 antigua-

308 *De las obligaciones literales.*

mente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, despues de las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese antiguamente. Ya lo hizo Cayo en las Instit.; hízolo Teófilo *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 día la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mútuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por las mismas letras, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Asi que, Justiniano distingue si el vale es mas antiguo de dos años, ó menos. No pasados dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numeratae pecuniae*), mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque cien veces mostrase al juez que nunca habia recibido el dinero que espresa el recibo.

§. DCCCLXXXIX.

Esta materia se reduce á tres axiomas que explicaremos brevemente. 1) El fundamento de esta obligacion son solo las letras ó escrito no retractado dentro de dos años. Acerca de este fundamento disputan con calor los jurisconsultos. Unos dicen que el fundamento de este contrato es el presunto mútuo, cuya presuncion nace del trascurso de los dos años. Otros juzgan que la numeracion del dinero es el fundamento de este contrato. Ni una ni otra opinion es acertada. Asi como el fundamento del contrato verbal son las palabras

solemnes, de los reales la tradicion de la cosa, de los consensuales el consentimiento, asi de los literales no puede ser otro el fundamento que las letras. Y á la verdad, no siendo creible que ninguno fuese tan necio que habiendo dado el recibo en que consta la numeracion del dinero, le deje en poder de los acreedores mas de dos años, no absurdamente estableció Justiniano que esta negligencia de dos años debia de perjudicar con razon al acreedor, y dar fuertísima presuncion de haber recibido el dinero. 2) Esta obligacion solo tiene lugar en el mútuo. La razon está á la vista. Pues viéndose el deudor apurado en este contrato, fácilmente confia en las dulces palabras del acreedor. Y en los demas contratos no hay motivo para que uno sea lisonjeado por otro. Por tanto, en el mútuo sin dificultad se puede persuadir al que pide el dinero á que dé el recibo antes de percibir aquel. Mas ninguno será tan tonto, por ejemplo, que dé un recibo de cosas depositadas en su poder, no habiéndose depositado nada todavía. 3) Despues de dos años nace la accion del vale, aunque el autor de este no recibiese el dinero, por la presuncion dicha poco antes; 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 colejimos, 1) que antes de pasar dos años no nace del vale esta accion. Mas esto ha de entenderse bien. Nace ciertamente la accion del mútuo; pero entonces debe probar que

310 *De las obligaciones literales.*

entregó este mútuo. Nace tambien la accion *del vale*, pero fácilmente se elude esta con la excepcion *del dinero no recibido*. Asi que, la verdadera *accion del vale* que escluye toda accion *del dinero no entregado*, compete últimamente pasados dos años. 2) El autor del vale puede repetir contra este dentro de dos años; lo cual puede verificar 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 hay 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 confiesa 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 parece que podia 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 en su testamento que debia. (d) Si obra en juicio en virtud del vale un banquero ó cambista; pues á este se le cree mas fácilmente, porque semejantes personas negocian á dinero contante, y no dan ni reciben los vales sino cuando se paga *incontinenti*, núm. 126. 5.

§. DCCCXCI. — DCCCXCIII.

Del segundo axioma se deriva naturalmente, que esta escepcion *del dinero no entregado* no pertenece al depósito. Pues absurda y pérfidamente obraría 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 hay motivo para que al verificarse el depósito sea lisonjeado el depositario, y quiera dar el vale antes de recibir las cosas, siendo así que no entra en el depósito por su utilidad, sino por la del depositante. 2) Ni hay tampoco 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 estan exentas 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. A saber; sucede á veces 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 le da el yerno por la confianza que tiene en el suegro; este vuelve á dar esperanzas, 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

312 *De las obligaciones literales.*

repite la dote contra el yerno. Se pregunta: puede este oponer al recibo que presenta el suegro la escepcion *de la dote no entregada*? El fundamento de esta doctrina se halla en la *Act. quod locum C. de dot. caut. non numer.*; donde se distingue *si el matrimonio se ha disuelto 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. Ultimamente, despues de diez años de disuelto el matrimonio está obligado precisamente á restituir la dote, aunque no la haya recibido, porque apenas es creible que uno sea tan sufrido que quiera dejar 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 §. *un. 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 le posee, debe legitimarse en la causa por medio de la cesion que se le ha hecho) contra el que le dió mas hace de dos años, y no le retractó en aquel tiempo, para que pague lo que en el vale confiesa haber recibido, aunque á la verdad nada recibiese. Mas se pregunta: si despues de dos años el autor del recibo opone la escepcion *del dinero no recibido*, y ofrece

probar que no se le entregó nada, será oído? Lo afirma Hermano en sus *Elementos*, c. 1., y tal práctica se observa tambien en muchos lugares. Y aun se encuentra un jurisconsulto, Herm. Zolio, que en un mal acabado poema defiende que siempre debe probar el acreedor que no se le entregó el dinero. Pero en nuestras leyes nada se halla de esto, y lo contrario vemos manifestamente en el §. *un. Inst. h. t. L. 8. y L. 14. pr. §. 3. C. de exceptione non numer. pecuniae.*

TITULO XXIII.

De las obligaciones que nacen de consentimiento.

§. DCCCXCV.

Resta el último jenero de contratos nominados, á saber, los *contratos consensuales*, los cuales á la verdad no toman el nombre de que requieran el consentimiento, pues entonces todos los contratos serian consensuales, no concibiéndose ningun contrato sin consentimiento, sino porque subsisten por solo el consentimiento, y de aqui es que la obligacion nace inmediatamente que se convinieron las partes. Asi, por ejemplo: entre el comprador y vendedor nace la accion al punto que existe el consentimiento en el precio; y por tanto la compra y venta es un contrato consensual. Mas entre el acreedor y el deador no nace ninguna accion del mútuo, aunque se hayan convenido en él, hasta que se cuente el dinero, por ser la cosa que se entrega; luego es un contrato real, no

314 *De las oblig. que nacen de consent.*

consensual. Igualmente la estimacion no produce accion, aunque ya antes hayan consentido en ella los contrayentes, á no ser que la siga 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 letras, y esto es lo que se dice en el §. *un. Inst. h. t.*, es decir; *que la sustancia de estos contratos es solamente el consentimiento.*

§. DCCCXCVI.

Por lo demas estos contratos tienen algo de singular. Pues 1) todos son bilaterales, y por tanto siempre tienen recíproca accion, por ejemplo: *de compra y venta, de locacion y conduccion, enfitéutica y de mandato, directas y contrarias*; como la de sociedad, que es por una y otra parte directa. 2) 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 de reales. 3) Todos estos contratos pueden celebrarse aun entre ausentes, solo por señas y tácitamente. En lo que se diferencian de los verbales y literales, los cuales se celebran solamente por palabras y letras, y entre presentes, como ya observamos antes de los verbales, §. 871. 24.

§. 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. Antes 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 le referian á la compra y venta , y otros á la locacion y conduccion. Y de aqui es que hasta nuestro Justiniano sigue en las Instituciones el antiguo uso , y no trata del contrato de enfiteúsis en un título particular , porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfiteúsis 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. Y desde este tiempo son cinco los contratos consensuales : *compra y venta , locacion y conduccion , enfiteúsis , sociedad , mandato* ; de todos los que trataremos ahora por su orden.

TITULO XXIV.

De la compra y venta.

§. DCCCXCVIII.

El primero pues de los contratos consensuales es la compra y venta , sobre cuya definicion han trabajado tambien varones doctísimos , como Cu-

jacio y Merilio, *Obs. III.* 28. Antiguamente juzgaba la mayor parte que la compra era un contrato consensual con el fin de transferir 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. Y á la verdad, á veces no puede transferir 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 transferir al comprador mas derecho que el que tenia él mismo. Asi 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 transfiere ó no el dominio.

§. DCCCXCIX.

De esta definicion pues fácilmente se infiere cuáles son los requisitos esenciales de este contrato. 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 Mocio sobre los contratos, por distinguir diligientemente aquellos requisitos. Llamamos *esencial* á los contratos, aquello sin lo cual no puede existir el contrato, sino que al instante pasa á otro jénero. Por ejemplo: sin precio no existe compra, pues no

interviniendo precio de la compra se hace 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 eviccion; y no obstante, si se conviniesen en otra cosa los contrayentes, á saber; en que no se preste la eviccion, será válida esta voluntad de los contrayentes. Luego la eviccion 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. Asi, 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 en un año, dos ó tres, no lo disponen las leyes; y por tanto queda al convenio de las partes; y asi esto se ha de referir entre los requisitos accidentales de este contrato. Con estos antecedentes pues se entenderá fácilmente por qué decimos en este §. que tres cosas pertenecen á la sustancia de este contrato: 1) consentimiento: 2) cosa ó mercadería vendida: 3) precio. Si falta pues 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. CMI.

El primer requisito es el *consentimiento*; el

cual basta para la obligacion, porque este contrato es consensual, §. 895. Como en el contrato consensual no se requiere mas que el consentimiento, de aqui la 1) consecuencia, que 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 tradicion de la cosa, ni palabras solemnes, ni escritura, sino que (b) tambien puede celebrarse este contrato entre ausentes, por agentes, cartas ó mediadores. Algunos podrán hallar duda en esto, porque ciertamente de la misma definicion, §. 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 tradicion? Pero se responde: la tradicion no perfecciona el contrato: pues por la compra y venta se obligan tambien los contrayentes antes de la tradicion; la tradicion 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 demas esta primer consecuencia admite algunas escepciones. 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 redujese 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 condicion suspensiva. Por ejemplo: vendo una cosa por mil florines si dentro de un año nadie ofrece mas. Pues entonces no se perfeccionará la compra hasta que pase el año, y conste no haber

ofrecido ninguno mejor condicion , L. 1. L. 2. *pr. ff. de adict. in diem.* : (c) si se comprase cosa consumible y no se hubiese pesado , numerado ni medido , L. 34. L. 5. *ff. de contr. emt.* : (d) si se vendiese la cosa á condicion de probarse , como el vino. Pues entonces 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 II) consecuencia será ya igualmente fácil de entenderse , á saber ; que antes de estar perfecto el contrato hay lugar á que se arrepientan los contrayentes. III) Perfeccionado una vez el contrato no se les permite. Sin embargo , si se ha dado prenda en el primer caso , y se vuelve atras 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 , tan lejos está de ser cierto que uno pueda apartarse del contrato , porque esté dispuesto á sufrir el daño , que ni aun es oído aunque se preste á indemnizar al comprador de 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. causs. data* , L. 5. §. 1. *ff. de praescr. verb.* Dimos la razon de esta disposicion en nuestros *Elem. juris secund. Pand. Part. 1. §. 380. p. 120.*

§. CMII. — CMIV.

Todo esto se deriva de la naturaleza de los

contratos consensuales. Pero hay otras consecuencias que se deducen de la naturaleza del mismo consentimiento. Por consentimiento entendemos un acto 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 opone el consentimiento: 1) el miedo y fuerza; 2) el dolo; y 3) 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, 4) que ninguno puede ser obligado á comprar ni á vender. Pues, quién diria que aprobamos aquello á que somos impelidos por fuerza ó miedo? Sin embargo; á veces escusa esta fuerza la utilidad pública, que con razon es para el buen ciudadano la suprema ley. Asi, 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. Ni diria ninguno que faltaba á lo justo Felipe II, rey de España, cuando publicada en Amberes la Biblia poliglota, mandó por edicto que todas las iglesias de España adquiriesen un ejemplar. 5) La compra y venta producida por fuerza y miedo es nula *ipso jure*, y á veces tambien se rescinde por la accion *quod metus causa* (por causa de miedo), L. 3. 4. 5. 7. *et ult. Q. quod metus causa*. Porque, qué cosa hay tan contraria á la buena fe que es el fundamento de los contratos consensuales, como la fuerza y el miedo? L. 116. *ff. de R. J.* Ni conviene mejor á la buena fe del contrato el dolo. Pero 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; del último, que debe ser indemnizado por la accion *empti venditi* (de lo comprado y vendido). El fundamento de esta doctrina se halla en la *L. 7. pr. ff. de dol. mal.* Y sin embargo la rechaza abiertamente Jerard. Noodt., digno de la inmortalidad en nuestra jurisprudencia, ya en el tratado de *formula emendandi doli mali*, ya 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. Empero no pudiéndose defender esta opinion sin violentar el texto, no podemos á la verdad conformarnos con él en este punto. Ultimamente, tambien el *error* se opone al consentimiento. Pues si me equivoco en la cosa, ciertamente no consiento en ella, sino en otra que estaba entonces presente á mi imaginacion. Pero sin embargo, no es solamente de un jénero el error. Unas veces es *esencial*, otras *accidental*. 7) Si es esencial, el contrato es nulo; si accidental, subsiste la compra; pero se concede al que padeció el error la accion *quanti minoris* (ó del menor valor), para la indemnizacion del daño, esto si, si errase el comprador, el vendedor le restituiria tanto quanto vale de menos la cosa, ó lo que el vendedor recibió ademas del justo precio. Mas cuál es el error *esencial*? Se responde: quando erramos ó en la *cosa*, por exemplo, juzgando oro lo que es plomo dorado; ó en el *cuerpo*, por exemplo, creyendo comprar á Estico y comprando en

realidad á Dromo; ó en los *atributos de la cosa*, tales que faltando se nos hace del todo inútil la cosa, por ejemplo, comprando un siervo que es furioso ó paralítico. Mas cuando erramos en las demas circunstancias se considerará el error solo accidental.

§. CMV. CMVI.

Vimos el primer requisito esencial de la compra y venta, el consentimiento; sigue ahora otro, á saber: la *cosa ó mercadería*. Y se establece; 1) *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, por ejemplo, los frutos del año que viene. Pueden venderse las cosas incorporales, v. gr., una herencia, una accion, el derecho de cazar, la jurisdiccion, etc. Y aun las cosas ajenas están en comercio y pueden venderse, L. 28. *ff. de contr. emt.* No porque esta compra puede perjudicar 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 accion 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. §. 17. *ff. de act. emt.* 2) *Las cosas que están exentas del comercio no pueden venderse*. Y de aqui se deduce fácilmente la razon por qué no pueden venderse las cosas que han perecido, pues que ya no existen;

ni los *hombres libres*, ni las cosas *de derecho divino y públicas*, porque están fuera del comercio de los particulares. Ni las cosas ú objetos de comercio *prohibidos por leyes especiales*, que hoy día se llaman vulgarmente contrabandos; por ejemplo, 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 jénero.

§. CMVII. 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, *Menechm. Act. V. Sc. VI. v. 9. y sig.*

*Verbera, compedes, molaе, magna
Lassitudo, fames, frigusque durum
Haec sunt pretia ignaviae.*

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. 1. §. ff. de contr. emt.* Pues lo que paga el arrendatario no se llama precio, sino *merces* (merced) de *merendo*, y no se domina precio sino impropriamente, L. 28. §. 1. *ff. local, L. 10. ff. de adquir. poss. L. ult. §. ult. ff. de leg. Rhodia de jact.* Y de aqui 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 segun costumbre los Sabinianos y Proculleyanos. 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 fundándose toda la controversia en dos pasajes de Homero citados en el escolio 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, hay mayor presuncion de que sea compra ó permuta? Carpz., *Part. II. Const. 32. def. 15. 2. 7.*, juzga que se debe presumir á favor de la permuta por ser contrato antiquisimo entre los hombres, introducido antes que se acuñase la moneda. Pero se equivoca en esto indudablemente, pues la presuncion no está á favor de las casas mas antiguas, sino de aquellas que suceden mas comunmente. E inventada la moneda, no usaron ya los hombres mas de la permuta que de la compra para adquirir lo necesario.

§. CMIX.

Hemos visto que el precio es esencial requisito de este contrato. Ahora examinaremos *cual* debe ser este precio. Tres son sus atributos. Pues debe ser 1) *verdadero*, 2) *justo*, 3) *cierto*. (1) Debiendo ser verdadero, fácilmente se entiende que es de ningun valor la venta imaginaria. De aqui es que por sola una moneda no se vende, L. 46. *ff. de locat.*, pues no seria compra y venta, sino do-

nacion encubierta bajo otro nombre, L. 38. *ff. h. t.* Y por tanto, si por ejemplo vendiese el marido á la mujer un prédio en muy pocas monedas, 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 romano. L. 38. *ff. eod.* (2). Dijimos que el precio debe ser justo. Pues aunque este, en el caso de no estar determinado por la ley, admite alguna estension, y por tanto es permitido convenirse recíprocamente el comprador y vendedor, por la L. 2. *tamen. 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, 3) 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 de un tercero, v. gr., vendo al precio que crea justo un hombre bueno. Y se responde, 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, entonces ó es una tercera persona diversa de uno y otro contrayente, ó el mismo comprador. Si lo primero vale este arbitrio, con tal que aceptándole la persona valúe la cosa, §. 1. *Inst. h. t.* Si lo último, se entiende que nada se ha hecho; porque si dijese: vendo en lo que quieras, podria querer no dar nada, ó un precio escesivamente injusto, en lo que yo no consentí nunca, porque quise vender, L. 35. §. 1. *ff. h. t.*

§. CMX.

Por lo demas todavía falta indagar tres cosas en este contrato, 1) qué obligacion produce: §. 970.: 2) para quién es el peligro de la cosa vendida, §. 911.: 3) qué acciones nacen de él, §. 912. 915.

I. 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 de entregar la cosa ó mercadería. De uno y otro observaremos 1) que 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 confie en su palabra. Por tanto, si el comprador no paga, ni el vendedor fia de él, tampoco se transfiere el dominio por la entrega ó tradicion, L. 19. *ff. de contr. emt.* De aqui es que no se puede compeler al vendedor por la accion *emti* (de compra) á que entregue la cosa. L. 11. §. 2. *fin.* L. 13. L. 8. *ff. de act. emt.* 2) El vendedor debe entregar la cosa. De aqui es, que hasta entregarla no tendrá la accion *venditi* para pedir el precio, L. 25. *ff. de act. et vend.* Pues no puede hacer que se cumpla el contrato no habiéndole cumplido él por su parte. Quién tendría paciencia para oír á los Gracos quejarse de sedicion? Por lo demas de aqui se deriva naturalmente que en este contrato es igualmente de ambos el provecho y la incomodidad. Pues el comprador recibe la cosa y paga el precio, y el vendedor toma el precio, pero entrega su cosa. Asi que, prestándo-

se 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.

II. 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 vendedor? nuestras leyes responden, que desde que la compra y venta se ha perfeccionado, aunque no se haya verificado aun 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*; esceptuando cuatro casos. A saber; (1) 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. (2) Si el vendedor tomase este caso á su cargo y riesgo. Pues entonces está obligado en virtud de su pacto. L. 1. *pr. ff. eod.* (3) Si la cosa pereciere á resultas de algun vicio antiguo, por ejemplo, si muriendo un caballo despues de la venta, y reconocido apareciese que tenia dañados los intestinos. L. 1. *L. ult. C. h. t.* (4) Si vendida la cosa á condicion de probarse, no se hubiese probado todavía, ó si se

vendiese por cierta medida, número ó peso, y aun no se hubiese medido, contado ó pesado. Pues entonces aun no está perfecta la compra y venta, como manifestamos arriba al §. 900 y 901. Esto está ordenado en nuestras leyes. Pero podria tal vez parecer esto 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 ping. act.* Los mismos quieren que antes de la tradicion permanezca 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? Además, las comodidades y utilidades percibidas de la cosa son accesorias de ella. De quien es la cosa, son sus accesorios. Siendo pues la cosa antes de la tradicion del vendedor, cómo puede decirse salvando los principios del derecho que el provecho pasa en el momento al comprador, aunque todavia no se haya entregado la cosa? Pero respondemos que este peligro y provecho no pasa al comprador en virtud de este fundamento, sino de otro. A saber: 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 deudor cuando perece la cosa vendida; y asi no reside el peligro en él mismo, sino en el comprador: y como nada hay mas justo que perciba el provecho aquel que sufre las incomodidades, con razon colijieron de aqui los jurisconsultos, que tambien pertenecian al comprador las utilidades

de la cosa vendida. Por lo demas no puede negarse que en cierto modo es esto algo duro: y de aqui es que en otras muchas legislaciones está determinada otra cosa; por ejemplo: en Sajonia, donde en las cosas inmuebles se requiere la declaracion, no pasa al comprador el peligro y provecho de la cosa vendida hasta que se haga aquella declaracion en las actas. Carpzon., *Parte II. C. 39. def. 35.*

§. CMXII. — CMXV.

Ultimamente, III. falta hablar de las acciones que nacen de este contrato. 1) Este contrato es bilateral, es decir, que por él uno y otro contrayente se obligan. Luego nacen de él dos acciones. 2) La obligacion de uno y otro contrayente existe desde un principio, y se deriva de la misma naturaleza del contrato. Y por consiguiente una y otra accion es directa, §. 782, 3) Siendo nominado el contrato de compra y venta, se infiere que ambas acciones deben ser del nombre del contrato, §. 782., y por tanto debe llamarse accion *emti venditi* (accion de compra y venta). Se distinguen estas acciones segun quien es el actor. Si el comprador se dirige á conseguir la cosa, se dice accion *emti* (de compra): si el vendedor intenta que se le pague el precio, se llama accion (de venta) *venditi*: de una y otra trataremos separadamente. I. A quién se da la accion (de compra) *emti*? 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) la entrega de la cosa, de la que no se libra el vendedor aunque ofrezca su valor, *L. II. §. 2. ff. de act. emt.* 2) La libre posesion de la cosa. 3) Los frutos y las acciones. 4) Los muebles fijos y estables (*fixa vincta*), que de tal modo están unidos á la cosa, que se han destinado para su uso perpétuo; de los cuales habla la *L. 17. pr. y §. 6. L. 38. §. 2. ff. de act. emt.* 5) Si la entrega no se hace por culpa del vendedor, su estimacion. *L. I. pr. L. II. §. 9. ff. h. t.* Ultimamente, 6) la indemnizacion de todo el daño causado por culpa leve. §. 910. 4. II. A 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) el precio prometido: 2) las usuras desde el tiempo de la tardanza, porque es contrato de buena fe, en el que se deben por sola la demora las usuras, aun no prometiéndose; y 3) el resarcimiento del daño originado, aunque solo sea por culpa leve.

NOTAS

DEL TOMO SEGUNDO.



NOTAS.

§. CDXIV. CDXV. CDXVI. páj. 3, lín. 11 y sig. (*El usufructo..... es el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas sin destruir su sustancia.*) = »E decimos que la »persona del ome en tres maneras puede aber tal servi- »dumbre en las cosas ajenas. La primera es quando un »ome otorga á otro para en toda su vida, ó á tienpo »cierto, el usufructo que saliese de algun su heredamien- »to, ó de alguna su casa, ó de sus siervos, ó sus gana- »dos, ó de otras cosas de que pudiese salir renta ó fru- »to....." *L. 20. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXXII. — CDXXIV. al fin, páj. 15. = Sobre los modos de acabarse el usufructo puede verse la *l. 24 y sig. del tit. 31. Part. 3.*

§. CDXXV. — CDXXVII. páj. 16, lín. 26 y sig. (*El que tiene el uso de un rebaño, solamente percibe la leche, etc.*) = »Otrosí decimos que si un ome otorgase á »otro uso en sus ganados, que aquel á quien es otorgado »pueda traer aquellos ganados por sus heredades, porque »se engruese la tierra del estiercol que sale dellos para »dar mejor fruto, é puede tomar la leche, é del queso, »é de la lana, é de los cabritos lo que obiere menester »para despensa de sí é de su campaña; mas non debe »tomar ende para dar nin para vender á otri ninguna »cosa." *L. 21. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXLII. páj. 25, lín. 26 y sig. (*Bien que nuestro derecho civil no requiere la buena fe sino al principio.*) = Tambien en España, segun la *l. 12. tit. 29. Part. 3,* basta para la usucapion que haya buena fe al principio sin que obste la mala fe que sobreviene antes que la nsuca-

pion se complete, y esto indistintamente. Y así es que los doctores Jordan de Aso y de Manuel se han equivocado cuando en el *lib. 2. tit. 2. cap. 11. §. 1. de sus Inst.* sostienen que en dichas *l. 12. y l. 14.* se hace una distincion; á saber, que la buena fe basta en el principio, cuando la cosa se tiene por título de donacion ó permuta, mas no si se tiene por otros títulos. Porque fuera de que esta distincion seria absurda, debieron echar de ver que cuando en el *vers. Mas de, d. l. 12.* se requiere en dos tiempos la buena fe, tratándose de compra, esta debe entenderse de los tiempos del contrato y de la tradicion, segun se observó por derecho romano. Ni obsta la citada *l. 14 al pr.*, porque cuando escluye la usucapion, no es por la mala fe que sobreviene, sino porque habla del caso en que el título no es verdadero, sino tenido como tal; cuya persuasion ó ignorancia en un hecho propio no es tolerable, Lopez, *glos. 1. y 2. d. l. 14.* A pesar de esto creen los intérpretes que la mala fe que sobreviene antes del complemento de la usucapion, impide esto en España, persuadiéndose que en este punto debe el derecho civil ceder al canónico, que dispone lo contrario, *cap. ult. X. de prescript.* Lopez, *glos. 1. d. l. 12.* Covarr. *lib. 1. variar. cap. 3. num. 7.*

§. CDXLVIII. — CDL. páj. 31, lín. 27 y sig. (*Dijimos arriba que las cosas viciosas, esto es, furtivas y poseídas, por fuerza no podian usucapirse..... Mas aunque en todas estas cosas no tenga lugar la usucapion ó prescripcion de largo tiempo, no obstante las prescribe el tercero poseedor en treinta años.*) = «Treinta años continuadamente ó dende arriba seyendo algund ome tenedor de alguna cosa por cualquier manera quier que obiese la tenencia, que non le moviese pleito sobre ella, en todo este tiempo ganarla ya, maguer fuese la cosa furtiva, ó forzada, ó robada, ó maguer que el señor della se la quisiese demandar, dende adelante non seria tenudo de responder sobre ella, amparándose por este tiempo.....» *L. 21. tit. 29. Part. 3.* No obstante, Gregorio Lopez en la *glos.* de esta ley piensa que la mala fe impide tambien entre nosotros la prescripcion de 30

años, y que sobre este punto se observa lo dispuesto por derecho canónico, segun ya habia dicho tratando de la *l. 12 del mismo tit. 29. Y Vela, disert. 48. núm. 45. y sig.* pretende hallarse establecida esta doctrina en la *l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop.*, y corregido por esta dicha *l. 21. tit. 29. Part. 3. Covarr. regula Possessor. part. 2. §. 8. núm. 3. Castillo, de tertiis, cap. 26. núm. 13, y Molin. de primog. lib. 2. cap. 6. n. 66*, con otros varios, son de parecer que tambien la prescripcion inmemorial se impide por la mala fe, es decir, que conste que es mala, porque la que solo es tal por presuncion, se quita por la prescripcion de 30 años, *Covarr. d. §. 8. núm. 4 y sig.*

§. CDLIII. páj. 34, lín. 17 y sig. (*se adquieren por la prescripcion inmemorial: 1) las regalías del soberano; por ejemplo, el derecho de cazar, de acuñar moneda, de jurisdiccion: 2) la exencion de las cargas reales, etc.*)= En España la suprema jurisdiccion, tanto civil como criminal que compete al rey, no se prescribe en ningun tiempo, ni aun por tiempo inmemorial, *l. 4. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop.*, como ni tampoco los pechos y tributos reales, *l. 14. del mismo tit.* Igualmente no pueden prescribir ni aun por tiempo inmemorial las alcabalas, los que las tengan por tolerancia ó sin título válido, *l. 9. tit. 8. lib. 11. Nov. Recop.* Pero la jurisdiccion inferior civil y criminal con los demas derechos á ella anejos, pueden prescribirse por tiempo inmemorial, asi como las ciudades y aldeas. Mas este tiempo inmemorial se ha de probar, segun forma establecida en la *l. 1. tit. 17. lib. 10. Nov. Recop.*

§. CDLX. CDLXI. páj. 41, lín. 30 y sig. (*Mas la donacion por causa de muerte..... debe hacerse á presencia de cinco testigos.*)= Entre nosotros la *l. 11. tit. 4. Part. 5*, siguiendo el derecho romano, exige cinco testigos en la donacion por causa de muerte. Pero despues de promulgada la *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, que solo pide tres testigos en los testamentos nuncupativos, debe decirse con *Covar., rub. de testamen. part. 3. n. 31*, y otros autores, que el número de tres testigos es suficien-

te en estas donaciones, ya porque las palabras de dicha *l. 1. ó otra postrimera voluntad*, comprenden naturalmente la donacion por causa de muerte; ya tambien porque seria del todo irregular el que en esta clase de donaciones se requiriese una solemnidad mayor que en los testamentos; por lo cual lo que se dispensa en estos, con razon se considera tambien dispensado en las donacions.

§. CDLX. CDLXI. páj. 42, lin. 8. (*que si alguno quiere hacer donacion de mas de trecientos sueldos, la haga registrar en las actas públicas, etc.*) = Lo mismo exige en España la *l. 9. tit. 4. Part. 5*, siempre que las donaciones escedan de quinientos maravedís de oro, es decir, de los que pesan la sexta parte de una onza de oro, segun prueba Covar., *de veter. numis. collect. cap. 6. num. 4*; é igualmente establece dicha *l. 9*, que no sea precisa esta anotacion ó registro en las donaciones que se hacen á iglesias, órdenes ú otros lugares religiosos. Pero la donacion de todos los bienes ó de gran parte de ellos hecha por quien no tiene hijos, se rescinde enteramente *ipso jure* por el inesperado nacimiento de prole que le sobrevenga al donante, *l. 8. tit. 4. Part. 5*. Empero lo que debe entenderse cuando se habla de gran parte de bienes, no está espresado en la ley; por lo cual parece probable haberse dejado esto á arbitrio del juez, Lopez, *glos. 5. de dich. l. 8*. Molina, *tract. 2. de just. et jure, disput. 282*; quienes examinan sobre esta materia otras varias cuestiones. No obstante, la citada ley de Partida, en cuanto habla de la donacion de todos los bienes, se debe entender segun lo dispuesto por las leyes de Toro, que tiene lugar en el caso en que el donante se hubiere reservado el usufructo ú otro derecho; pues de otro modo semejante donacion de todos los bienes, aunque solo sea de los presentes, es nula desde un principio, independientemente del nacimiento de hijos, segun la *l. 69 de Toro*, que es la *l. 2. tit. 7. lib. 10 de la Nov. Recop.* Y esta donacion de todos los bienes ya antes se habia declarado nula por la *l. 7. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real*. (Sala, *Inst. Rom. Hisp. lib. 2. tit. 7. not. al §. 2.*)

§. CDLXVII. páj. 55, lin. 19 y sig. (*Si, pues, se aña-*

de el pacto de vender la prenda, puede venderla el deudor sin avisar, desde el momento que el acreedor tarda en pagar.) = En España, cuando al constituirse la prenda se señaló día para pagar, pactándose que si el pago no fuere hecho, se pueda en llegando el día convenido venderse la prenda; no basta que llegue el día para que pueda verificarse esta venta, sino que en este caso es necesario todavía un requerimiento que se debe hacer al deudor si estuviere presente en el lugar de la venta, ó á sus domésticos si estuviere ausente. Mas si el requerimiento es impedido por alguna cosa, podrá entonces el acreedor vender la prenda, no de otra manera que en pública almoneda, *l. 41. tit. 13. Part. 5.* Empero si no ha mediado pacto de vender la prenda, no podrá esta venderse hasta que pasen doce dias, cuando la prenda consiste en una cosa mueble, ó treinta si consiste en una inmueble; cuyos términos se deben contar desde el día en que se hizo el requerimiento. Finalmente, si al contraerse la prenda han pactado los contrayentes que nunca pueda venderla el acreedor, podrá no obstante ser vendida, sin que se haga caso de semejante pacto, aunque no en cualquier tiempo, sino pasados dos años despues de tres requerimientos, *dicha l. 45*; y tanto en este caso como en el anterior la venta debe hacerse en pública almoneda, *dicha l. 42.*

§. CDLXXVIII. páj. 64, lín. 20 y sig. (*El peculio castrense y cuasi castrense es en pleno derecho del hijo.*) = Asi lo disponen tambien las *ll. 6 y 7. tit. 17. Part. 4.*

§. CDLXXIX. páj. 65, lín. 31 y sig. (*Es en pleno derecho del padre, el peculio perfecticio, y por tanto el hijo, etc.*) = Véase la *l. 5. tit. 17. Part. 4.*

§. CDLXXX. CDLXXXI. páj. 66, lín. 27 y sig. (*La propiedad del peculio adventicio ordinariamente es del hijo; el usufructo y la administración del padre.*) = La «segunda es lo que el fijo de alguno ganase por obra de «sus manos, por algund menester, ó por otra sabiduría «que obiese, ó por otra guisa, ó por alguna donacion que «le diese alguno en su testamento, ó por herencia de su «madre, ó de alguno de los parientes della, ó de otra

»manera, ó si fallase tesoro, ó alguna otra cosa por
 »aventura. Ca de las ganancias que ficiere el fijo por cual-
 »quiera de estas maneras, que non saliesen de los bienes
 »del padre, nin de su abuelo, debe ser la propiedad del
 »fijo que las ganó, é el usufructo del padre en su vida,
 »por razon del poderío que ha sobre el fijo...." *L. 5. tit.*
17. Part. 4.

§. CDLXXXII. páj. 68, lín. 12 y sig. (*Por medio de nuestro procurador y por nuestro mandado podemos adquirir el dominio y la posesion.*) = Tambien en España se adquiere la obligacion por medio de procurador, segun la *l. 1. tit. 1. libro 10. Nov. Recop.*, aunque por derecho antiguo disponia otra cosa la *l. 7. tit. 11. Part. 5.*

§. CDXCIII. páj. 80, lín. 12 y sig. (*Pues donde ella falta, la institucion de heredero, ó no vale, se destruye todo el testamento.*) = La *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, manda que valga el testamento en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya nombrado heredero alguno, y que entonces herede aquel que segun derecho y costumbre habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que este se cumpla, &c.

§. CDXCV. páj. 82, lín. 26 (*Los testigos deben ser rogados.*) = En España ni en el testamento nuncupativo ni en el escrito se necesita que los testigos sean rogados, por cuanto las *ll. 1 y 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* que esplican las solemnidades que se deben observar, no hace mencion de que se nieguen los testigos. Por consiguiente queda corregida la *l. 1. tit. 1. Part. 6*, y otras del mismo código, segun las cuales parecia necesario rogar á los testigos.

§. CDXCVII. páj. 85, lín. 24 y 25. (*Llegamos á la cuarta y última solemnidad, que es la suscripcion y sello.*) = Tambien en España para el testamento escrito ó cerrado son necesarios siete testigos con un escribano, todos los cuales y el testador han de firmar encima de la escritura del testamento, si supieren y pudieren; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, deben hacerlo unos por otros, de manera que sean ocho firmas, y ade-

mas el signo del escribano; y el testamento hecho de otra manera no hace fe ni prueba en juicio; segun la *l. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Sin embargo, en los testamentos que se hacen en el campo, si en el lugar del domicilio del testador no pueden hallarse siete testigos que sepan firmar, bastarán cinco, segun la *l. 6. tit. 1. Part. 6*, que en este punto no parece corregida por dicha *l. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Véase á Lopez en la *glos. 1. de la cit. l. 6.*

§. id. páj. 86, lín. 7 y sig. (*En cuanto al sello, igual es que señalen los testigos con su anillo ó con el ajeno, etc.*) = No siendo en España necesario este sello de los testigos, es enteramente inútil cuanto pueda decirse sobre este punto.

§. CDXCVIII. páj. 87, lín. 3 y sig. (*Antiguamente se escribian.... los testamentos en tablas de cera, etc.*) = En España todos los testamentos ó codicilos cerrados, de cualquier jénero ó calidad que sean, se han de escribir en pliegos de papel de sello cuarto, porque han de servir de protocolos, aunque tambien podrán escribirse en papel comun, con la calidad de que los escribanos, despues de haberlos abierto, saquen copia del protocolo escrita en pliegos todos del papel de sello cuarto, y habiéndolo testificado, se pongan en el registro con el protocolo orijinal, segun lo dispuesto por la *l. 11 tit. 24. lib. 10. Nov. Recop.*, cuyos cap. 50, 51, 52 y 54 hablan del papel en que deben escribirse las diversas clases de testamentos.

§. CDXCIX. páj. 88, lín. 5 y sig. (*Qué se requiere.... en los testamentos de viva voz? deben estar presentes siete testigos, etc.*) = Segun nuestras leyes, si el testamento nuncupativo, que llamamos abierto, se hace por ante escribano, bastan tres testigos que sean vecinos del lugar donde se hace el testamento; pero si se hace sin escribano, se necesitan cinco testigos tambien vecinos. Y si en dicho lugar no pudiese hallarse escribano ni cinco testigos, entonces bastarán solo tres, que sin embargo deben tener el requisito de vecindad. Mas si se ordenase el testamento á presencia de siete testigos, será válido,

aunque no sean vecinos, ni se haga por ante escribano, con tal que concurren las demas circunstancias requeridas por derecho, segun la *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Antonio de Torres, §. 10. *Inst. h. t.*, y Gomez á la *l. 3 de Toro*, núm. 47, quieren que este testamento sea válido, si se hace á presencia de tres testigos, aunque no intervenga escribano, no obstante que pudiera hallarse en el lugar; y se fundan en que los testigos tienen igual fuerza que los instrumentos; y en que las pruebas, especialmente cuando se trata de testamentos, no se deben restrinjir, sino antes bien ampliar. Sin embargo, esta opinion parece contraria á las siguientes palabras de dieba *l. 1. Y sino pudieran ser habidos cinco testigos ni escribano en dicho lugar: las cuales* manifestamente llevan el carácter de condicion. Ademas, admitido dicho parecer de los doctores, fuera del todo supérfluo y aun capcioso el primer caso de la misma *l. 1.*, en que se requieren tres testigos con un escribano, si este nunca fuese necesario. Asi que, no obrará con prudencia el testador que pudiendo llamar escribano no lo hace, y se contenta con solos tres testigos. = Ni tampoco aprobamos la razon con que Covarrub., *cap. 10 de testam. núm. 3.*, intenta probar ser bastante que el testamento nuncupativo se haga por ante escribano y dos testigos, si en el lugar no puede haberse con facilidad á la mano mayor número, pues que el escribano puede suplir el defecto del testigo que falta, teniendo ademas su autoridad y fe pública, cuando segun dicha *l. 1.*, suple el número de dos testigos. Aunque es cierto que segun el espíritu de la ley puede el escribano suplir el número de dos testigos, en cuanto que lo mismo valen tres con el escribano, que cinco sin él; sin embargo, en ninguna parte se halla espreso que el escribano pueda gozar aun mismo tiempo de dos representaciones, á saber, de la de testigo y persona pública. Ademas, la misma ley pide como el *minimum* tres testigos cuando interviene escribano, por aquellas palabras: *tres testigos á lo menos.* A la verdad, si el escribano fuere vecino del lugar asi como los otros dos testigos, y no se pudiere hallar mayor número de estos, no

creeré tampoco que el testamento se invalide haciendo el escribano oficio de testigo. Empero con razon advierte y prueba el citado Gomez á dicha l. 3. núm. 56, 60 y 61, que la misma solemnidad se requiere en nuestra España en los testamentos de padres entre hijos que en los testamentos de estraños, ya sean cerrados ó abiertos; igualmente que en los que se hacen en tiempo de peste, *ibid.* n. 48. (Sala, *Inst. Rom. Hispan. lib. 2. tit. 10. not. al §. 14.*

§. DIII. páj. 92, lín. 2 y sig. (*Para testar el militar no tiene que observar ninguna solemnidad ni interna ni esterna, etc.*) = En España las *leyes de Partida*, imitando á las romanas, concedian á los militares la facultad de testar por derecho militar ó privilegiativo, tan solo en el caso en que estuviesen de expedicion, l. 4. tit. 1. Part. 6. Sin embargo, este derecho se ha variado despues por lo dispuesto en las *Ordenanzas jenerales del ejército*, art. 4. trat. 8. tit. 11. Y finalmente, habiéndose suscitado una duda sobre esta materia, para quitarla salió el 24 de Octubre de 1778 una Real cédula, en que á consulta del supremo consejo de la Guerra declara y quiere el rey que todos los que gozan de fuero militar, jeneralmente y sin ninguna limitacion puedan á su arbitrio hacer testamento de cualquier modo que sea, con tal que hagan constar su voluntad.

§. DIX. páj. 98, lín. 25 y 26. (*Sigue otro, de los testamentos privilegiados, el testamento de los padres entre los hijos.*) = Véase lo dicho al fin de la nota al §. 499.

§. DX. al fin de la páj. 99 y pr. de la 100. (*Tal es 3.º el testamento hecho en tiempo de peste.*) = Véase tambien la misma nota al §. 499 al fin.

§. DXV. páj. 104, lín. 3 y sig. (*Del mismo axioma inferimos 3.º que no pueden hacer testamento los estrañeros.*) = En España pueden los romeros y peregrinos disponer libremente de sus bienes por manda y testamento, así en salud como en enfermedad, l. 2. tit. 30. lib. 1. *Nov. Recop.*

§. DXVI. páj. 104, lín. 18 y sig. (*De aquí fácilmen-*

te se infiere 1.º por qué no pueden hacer testamento los hijos é hijas de familia, &c.) = Segun nuestro derecho puede el hijo de familias hacer testamento del mismo modo que si estuviese libre de la potestad del padre, conforme á lo dispuesto por la *l. 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* (5.ª de Toro) que corrige la *l. 13. tit. 1. Part. 6.* en la parte que estableció lo contrario.

§. DXVII. páj. 105, lín. 20. y sig. (*De aquí se deduce claramente que no pueden testar: 1.º los furiosos y mentecatos, &c.*) — «Otrosí, el que fuese salido de memoria non puede facer testamento, mientras que fuese »desmemoriado.” *L. 13. tit. 1. Part. 6.* =

§. DXVIII. DXIX. páj. 106, lín. 23. (*De los sordomudos nadie lo duda, &c.*) — «Otrosí decimos, que el que »es mudo ó sordo desde su nascencia, non puede facer »testamento. Empero el que lo fuese por alguna ocasion, »asi como por enfermedad, ó de otra manera, este á »tal, si supiese escrebir, puede facer testamento, escrebiéndolo por su mano misma...” *Ley 13. tit. 1. Part. 6.*

§. id. al fin, páj. 107. — En España para que valga el testamento del ciego se necesitan cinco testigos, segun la *l. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* (3. de Toro.)

§. DXX. páj. 108, lín. 1 y sig. (*Antiguamente tampoco se permitia testar á los condenados á muerte, &c.*) — Por derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, escepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *l. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*

§. DXXIV. páj. 110, lín. 25 y sig. (*Por lo cual si son preteridos y despues nacen vivos, rompen el testamento, &c.*) — Para que en España el póstumo preterido rompa el testamento, es preciso que nazca todo vivo, que ademas viva veinticuatro horas, y que sea bautizado; de otra manera el parto se tiene por abortivo, asi como cuando el hijo nace en tiempo en que naturalmente pueda vivir, aun cuando en este caso concurren las tres circunstancias arriba dichas, *l. 2. tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.* (13 de Toro.) Y cual sea este tiempo hábil ó lejíti-

mo lo dice la *l. 4. tit. 23. Part. 4.*; fijándolo en el 7.º, 9.º ó 10.º mes. Esta distincion de meses para tener los partos lejitimos ó ilejitimos es arbitraria é injusta, segun lo prueba el doctor Palacios, al *tit. 1. lib. 1. páj. 3.* de las instituciones del derecho civil de Castilla, por los señores Aso y de Manuel.

§. DXXV. al fin. páj. 111. — En España deben ser sustituidos ó espresamente desheredados los descendientes ó hijos del testador, ya estén bajo su potestad, ya fuera de ella, *l. 3. tit. 7. Part. 6. l. 1. tit. 8. de la misma Part.*, y si son preteridos será nulo el testamento, *l. 1. l. 10. tit. 7. Part. 7.* Y tambien los ascendientes deben ser del mismo modo instituidos ó desheredados, *dicha l. 1.*, con tal que sin embargo no haya descendientes, *l. 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop.* (6. de Toro.) No obstante, despues de la *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, en que se declara válido el testamento, aunque no contenga institucion de heredero, parece mas probable que debe serlo el testamento en que el testador que muere con hijos no señala ningun heredero, pues en este caso los hijos deben considerarse instituidos, y pagar los legados en cuanto no se disminuya su lejitima; y por tanto valdrán las mejoras de tercio y quinto que en él se hagan á alguno de los descendientes, segun espresamente lo dispone la *l. 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Recop.* (24. de Toro)... Véase á Sala, *Inst. Rom. Hispan. lib. 2. tit. 15. not al §. 5.º*

§. DXXXV. DXXXVI. páj. 116, lín. 23 y sig. (*Que es como cabeza y fundamento del testamento*, la institucion de heredero.) — En España, segun ya queda dicho, no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, segun la *l. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*

§. DXLIII. DXLIV. páj. 123, lín. 21 y sig. (*Es un axioma jeneral que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del as, pues no pudiendo morir ningun parte testado ó parte intestado, &c.*) — Como en España no se necesita la institucion de heredero para la validez del testamento, parece consiguiente que entre nosotros cese el derecho de acrecer, de que se habla mas

abajo en el texto, y por lo mismo se deben entender corregidas las leyes de Partida que tratan de esta materia.

§. DXLV. DXLVI. páj. 125, lín. 18. y sig. (*Y no se hace tambien, la institucion de heredero, hasta cierto dia ó desde tal dia! no, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado.*)—No siendo esto de temer en España, segun la ley. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop., parece no haber ningun inconveniente en que el heredero se instituya desde cierto tiempo, ó hasta cierto tiempo, sucediendo en este caso que despues pasa la herencia á los herederos abintestato.

§. DLVII. al fin. páj. 126. — «Casi muriese aquel que »fuese establecido primeramente, antes que obiese to- »mado la heredad, ó se haya otorgado por heredero, se- »rá heredero el segundo. Eso mismo seria si fuese vivo, »e non quisiese recibir la herencia ó la deshechase,...»
L. 2. tit. 5. Part. 6.

§. DLXI. páj. 136, lín. 29 y sig. (*El padre puede sus- tituir tambien al hijo desheredado.*) Asi lo dispone tam- bien la l. 6. tit. 5. Part. 6., donde dice: «E aun puede »esto facer, maguer lo desheredase de lo suyo por algu- »na derecha razon....»

Páj. 141, lín. 3. Por derecho real de España, aun- que no haya institucion de heredero, ó el que se exija sea incapaz de serlo, no por eso es nulo el testamento en todas sus partes; valen las mandas, legados y dona- ciones. L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Nov.

Páj. 143, lín. 15. El testamento válido en un prin- cipio, y que se rompe por el nacimiento del póstumo, ó por adoptar el testador bajo las fórmulas legales á cual- quiera solo se rompe en cuanto á la institucion de here- dero; pero vale en cuanto á las mandas, legados y dona- ciones que no escedan el quinto que es de lo que pueden disponer los padres segun las leyes de España en perjui- cio de sus hijos; y aunque segun el derecho romano, tam- bien se rompía el testamento cuando, despues de la muerte del padre que ya tenia hijos, nace otro, no su- cede esto segun el de España, pues es firme el testamen- to entrando el póstumo á heredar con los demas; por

manera, que uno que sabiendo tenia hijos no les dejase por herederos, valdria el testamento en cuanto á las mandas, legados: de tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin una urgente necesidad.

Páj. 143, lín. 22. Hay otro caso en que el posterior testamento no rompe al primero; y es cuando no ha muerto el que habia sido instituido heredero en el primer testamento, cuya causa diera márjen al testador para hacer el segundo, que siendo falsa vale la institucion de aquel, quedándose el segundo sin nada, aunque en su favor y en el de los demas valgan las mandas, legados &c. que se hayan hecho en los dos, *lib. 21. tit. 1. Part. 6.*

Páj. idem. Tampoco se deroga segun la *ley 22. del tit. 1. Part. 6*, cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias, jenerales ó especiales, y en el que hace despues no se mencionan, á no ser que por conjeturas é inducciones se venga en conocimiento de la voluntad del testador, aunque en el segundo no haya las cláusulas derogatorias, segun Gregorio Lopez, á la *ley 22 del referido título*, y Gomez comentando la tercera ley de Toro.

Aunque el segundo testamento no contenga institucion de heredero, como que esta no es esencial en nuestro derecho, anulará tambien el primero conteniendo las cláusulas derogatorias, segun el sentir de Covarrubias. Y Gregorio Lopez, discurrendo sobre la *ley 24*, dice: que si el testador rompiese ó rasgase el primer testamento por sus propias manos, quedando íntegro el protocolo del escribano, no valdria el segundo testamento.

Páj. 145, lín. 10. En España segun la *ley 4. tit. 5. lib. 5. de la Recopilacion*, pueden los hijos testar; de donde resulta que la mínima capitisdiminucion no irrita el testamento: ni la media ni máxima, por cuanto los espatriados pueden disponer de sus bienes, á no ser que se les hayan confiscado, lo mismo que los condenados á muerte en la parte que les quede cubiertos los gastos, multas &c. *L. 3. tit. 18. lib. 10. de la Nov.* Pueden testar tambien los extranjeros, *l. 2. tit. 12. lib. 1. Recop.*

Páj. 146, lín. 1. Existirá el testamento aunque el instituido heredero renuncie la herencia, ó no quiera aceptarla, por no ser necesaria esta circunstancia en España para que valgan las mandas, legados, fideicomisos, sucediendo en la demas herencia aquel que hubiera de serlo si el testador muriese intestado.

Páj. 149, lín. 29. Tampoco hay lugar á esta queja cuando el testador, aunque tenga herederos forzosos, dispone de la quinta parte en favor de estraños, y de la tercera en favor de cualquier hijo. No está demas explicar aquí la parte de que pueden disponer los testamentarios que tienen hijos. Del quinto siempre, y del tercio mejorando á algun hijo, con tal que no sea á hija por razon de dote, que está prohibido. Si tuviese solo ascendientes puede disponer del tercio, sin que tengan lugar á la queja de inoficioso testamento.

Páj. 151, lín. 1. Aunque se hayan pasado cinco años sin entablar la accion no perece esta, siempre que sea menor aquel que debe interponerla, por cuanto contra este no corre el tiempo hasta la mayor edad.

Páj. idem. lín. 26. Segun el derecho real de España aunque la queja sea introducida por hermanos del testador, habiéndoles preferido persona torpe, se revoca solo el testamento en cuanto á la institucion de heredero, pues en lo demas es válido, como mandas, legados, fideicomisos. Así lo dispone la *l. 7. tit. 8. P. 6.*

Páj. 147, §. DLXXX. Las catorce causas que Justiniano señaló para desheredar se han aprobado por Don Alonso el Sábio en las *leyes 5. 6 y 7. del tit. 7. Part. 6.*, añadiéndose otra por la real pragmática del año de 1776, corroborada en 1803, por la cual puede ser desheredado el hijo menor que haya contraído matrimonio sin obtener primero el consentimiento de su padre, lo mismo que aquellos que contrajeren matrimonio clandestino. El hijo emancipado no pierde la accion de queja, porque por este acto no ha perdido el derecho á la herencia de su padre; ni este los derechos de padre respecto del hijo emancipado.

Páj. 152, §. DLXXXV. lín. 1. Heinecio, sin dar siquie-

ra una idea de lo que es heredero, y dejando de manifestar las clases superiores, pasa de repente á tratar de los necesarios ó forzosos, y de los voluntarios. El heredero es un sucesor universal de los derechos y obligaciones del testador. La primera division que hallamos en nuestras leyes es en unos por testamento y otros abintestato; aquellos son los que el testador llama, ya parientes ó no, para que le sucedan en sus acciones, derechos &c., y los otros son los mas inmediatos parientes del difunto que murió sin la última disposicion, ó cuando esta fue nula. Estos se subdividen en universales y particuiare; primeros los que suceden en toda la herencia, y los segundos en una cosa particular, como una casa, una huerta &c. Ahora los herederos se dividen en forzosos, que son los hijos del testador, dichos asi, no porque tengan obligacion de aceptar la herencia, sino solo porque sus padres están obligados á instituirlos herederos, *l. 21. tit. 3. Part. 6.*; y en voluntarios, que sucede siempre que el testador instituye heredero á quien le da la gana.

Páj. 153, lín. 1. En España solo por derecho de las Partidas los siervos son herederos necesarios cuando el testador los instituye por tales; y se llaman asi porque una vez nombrados están obligados á admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios: los hijos nunca pueden entrar en esta clase.

Páj. 154, lín. 2. Los póstumos ó los que nacen despues de la muerte de su padre se tienen por herederos forzosos; pero es preciso que su madre los dé á luz á los diez meses de la muerte de su marido, y que viva en su compañía al tiempo de aquella, pues si naciese un dia despues, se reputa por ilejítimo; pero si dentro de los siete ó nueve, que es lo comun, naciese, entonces seria lejítimo segun está dispuesto por la *l. 4. tit. 23. Part. 4.*

Páj. 154, lín. pen. §. DXCI. Entre los herederos extraños y voluntarios no se cuentan los hijos emancipados, pues estos, segun lo dispuesto por la *l. 21. tit. 3. Part. 4.*, tanto respectó de sus padres como de las ma-

dres y demas parientes son herederos forzosos.

Páj. 156. lín. 17. Para aceptar la herencia es necesario no estar incapaz para ello, ya al tiempo de otorgarse el testamento, ya en el de la muerte del testador, y ya cuando aceptan la herencia. Esto se entiende de los necesarios, pues los forzosos basta que no tengan impedimento legal al tiempo de la muerte del testador. Son palabras espresas de la *ley 22. tit. 3. Part. 6.*

Páj. 158. §. DXCVII. lín. 11. Que haya acreedores ó no, el tiempo para usar el heredero instituido del beneficio de inventario ó del derecho de deliberar no se concede por el rey mas de un año, y por los jueces inferiores nueve meses, y aun este tiempo se acorta á cien dias quando se conoce que en menos puede deliberar.

Páj. 158. §. DXCIX. lín. 26. El inventario se divide en solemne y simple. Este se formaliza haciendo una descripcion de los bienes, sin necesitarse de juez ni de su acto, aunque sí de escribano. El solemne, ademas de los requisitos que señala el Heinecio, se quiere, segun nuestras leyes otras circunstancias, y son: si no la presencia del juez, al menos su auto que encabece todo, y hasta su presencia es necesaria en los tres casos que trae el Febrero en su *lib. 1. cap. de inventarios*: que se concluya dentro de tres meses, siempre que los bienes esten todos en el lugar en donde ha muerto el testador; si no, se puede conceder un año á mas de los tres meses, segun la *ley 100. tit. 18. Part. 6.* Que el inventariante asegure lo ha hecho fiel y legalmente, cuya cláusula suele ir acompañada de juramento, aunque no lo exigen las leyes. Los jueces deben cuidar, tan presto como saben la muerte del que fenece sin disposicion, sellarlo todo, prescindiendo de consideraciones, que no sirven sino para dar lugar á estraer lo principal en perjuicio de los herederos, sobre lo que hay un sumo abandono en nuestro reino, lo que hace desear una disposicion capaz de atajar los males inmensos que de aqui se siguen.

Páj. 159. lín. 29. Durante el inventario no se puede mover pleito por los acreedores; beneficio que con otros

resulta al heredero de practicar esta diligencia, *l. 6. tit. 6.*

Páj. 161. §. DCI. lín. 20. Ni Modestino, ni Justiniano, ni el mismo Heinecio da una definicion exacta del legado. La *l. 9. tit. 6 y sig. tit. 9. Part. 6* lo definen diciendo, que es una donacion que el testador hace en su testamento, ó en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de Dios ó por su alma, ó por hacer bien á quien se le deja.

Páj. 163. §. DCIV. lín. 6. Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por disposicion del derecho se deben dejar á ciertos y determinados lugares para objetos piadosos. Los segundos dependen de la liberalidad y voluntad del testador. De la primera clase, son treinta y seis maravedises que se deben dejar para la conservacion de los santos lugares. Si las disposiciones testamentarias se otorgan en Madrid y ocho leguas en contorno, cuarenta y ocho maravedís para la curacion de pobres enfermos de los Reales hospitales, y doce reales vellon para las mujeres viudas de los que han muerto en la guerra de la independencia.

Páj. 165. §. DCVI. lín. 14. Supérfluo seria advertir que los legados en España no se pueden dejar en otro idioma mas que en el castellano, y la severidad con que las leyes encargan á los escribanos la claridad al tiempo de estender estas cláusulas en los testamentos.

Páj. id. Para que los legados sean válidos se requiere el número de testigos, y demas solemnidades que exigen por derecho las disposiciones testamentarias en que se dejan; pero aunque estas cadaquen por el defecto de número competente, los legados piadosos y mandas forzosas subsisten segun disposiciones de nuestras leyes, que dejamos esplicadas.

Páj. 169. §. DCXIII. La *l. 10. tit. 9. Part. 6* dispone, que si el testador lega una cosa ajena sabiéndolo y con pleno conocimiento todavía es válido, siempre que el legado fuese hecho á su mujer, ó á un pariente suyo; porque entonces se presume que en todo caso quiso legarlo.

Páj. 171. §. DCXIV, lín. última. Heinecio no trata aquí una cuestion interesante, á saber; cuándo tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuándo el legatario. Atendiendo á las disposiciones de la *l. 10. tit. 9. Part. 6.*, se deben establecer las reglas siguientes: 1.^a sabiendo el testador que la cosa que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero y entregarla al legatario: 2.^a si la cosa estaba empeñada por tanta ó mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no lo supiese el testador: 3.^a si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, el legatario debe desempeñarla.

Páj. 178. §. DCXXV. lín. primera. El derecho de acrecer tenia lugar en las herencias, segun las leyes de Partida; segun la que nadie podia morir intestado en parte, y en parte testado; pero ya no lo tiene desde que por leyes posteriores puede suceder esto, de suerte que depende de todo de la voluntad del testador.

Páj. idem. §. idem. Cuando no hay quien suceda en los legados, porque la última persona á quien se dejan es incierta, se distribuyen á los pobres del pueblo del testador, ó se entregan al obispo, para que este haga la distribucion que le parezca: y cuando los deja determinadamente á los pobres, primero deben ser distribuidos á los de los hospitales é imposibilitados, segun la *l. 20. tit. 5. Part. 6.* No obstante, Gregorio Lopez pone la condicion, de si el testador es del vecindario en donde hizo el testamento.

Páj. 186. §. DCXXXIX. No está por demas, aunque lo tenemos ya dicho, notar que valen los legados hechos aunque se rompa el testamento por cualquiera causa, pues así lo concede espresamente nuestro derecho. *l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Nov. Recop.*

Páj. 190. §. DCXLV. lín. 15. Los legados se pueden quitar y transferir en testamento y codicilo: todavía, segun las disposiciones de las *leyes 39. 40. de la Part. 6. tit. 9.*, ni esta solemnidad requieren; pues de cual-

quier modo que conste la voluntad del testador, aunque no haya mas que presunciones de que quiso mudarle, se da por quitado el legado.

Páj. 193. §. DCXLIX. lín. 1. La cuarta solo se puede sacar respecto de los herederos voluntarios; pues en otro caso no se podría, porque segun nuestras leyes los padres testadores no pueden disponer mas que del quinto; bien que dejando herederos forzosos, y legando el quinto de este, podia deducir la cuarta parte al que instituye por heredero de él.

Páj. 199. §. DCLIV. Cuando la cosa legada no tiene cómoda division, se aprecia, y de su importe se deduce la cuarta, previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado, segun disposicion terminante de la *l. 2. Part. 6. tit. 11.* Y para poder sacarla el heredero debe hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes; pues si no lo hace no podrá, y ademas estará obligado á pagar todas las mandas y deudas que dejó, *l. 10. tit. 6. Part. 6;* y si lo hace pagando antes los legados que las deudas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues al heredero por lo que falte; *l. 7. del mismo tit.*

Páj. 210. §. DCLXXI. lín. 9. La cuarta tribelénica nunca se puede sacar de la legítima de los hijos; bien que como de esta no puede disponer el padre, no dejará, respecto de ellos, herederos fideicomisarios, ni tampoco de los legados destinados á causas piadosas, *l. 4. tit. 11. Part. 6.* Ni el heredero que por error pagó los legados íntegros puede sacar la cuarta despues de los demas, á no aparecer grandes deudas que no sabia él pudieran existir. Ya se sabe que los hijos como herederos, no solo la cuarta sino toda la herencia, escepto el quinto, pueden sacar, y si son en cantidades todo menos el tercio de que pudo disponer el testador.

Páj. 217. §. DCLXXXI. lín. 16. Como por las leyes de España se requieren las mismas solemnidades para el co-

dicilo que para el testamento, valdrá la institucion de heredero que en él se haga, bien que entonces dejará de ser codicilo, y pasará á la categoría de testamento; pero en el codicilo cerrado no valdrá, y esto es sin duda, porque para el codicilo cerrado bastan cinco testigos; cuando en el testamento de igual clase son necesarios ocho y escribano.

Páj. 217. §. idem. Entre los romanos se cuestionaba si las mujeres podían ser testigos en los codicilos por no haber en sus códigos ley espresa que lo prohibiese; y como entre ellos se diferenciaba bastante este instrumento del testamento, no faltó quien aseguró podian serlo. Entre nosotros no puede haber duda desde que en un todo se igualan y tienen unas mismas solemnidades, tanto que son unos segundos testamentos, y si contienen cláusulas especiales y derogatorias se elevan á igual categoría, dejando de existir los testamentos que les precedieron.

Páj. 221. al fin de los §§. 688 y 689. Aunque omite Heinecio la esplicacion de los trece primeros títulos del lib. III de la Instituta, alegando acostumbrarse hacer así en las academias, por ser dichos títulos comprensivos solo del derecho antiguo, enteramente mudado despues por Justiniano; sin embargo, hemos creído útil llenar este vacío: 1.º porque el mismo Heinecio recomienda en su proemio el estudio de las Antigüedades, y en el §. 490: nos advierte: *nihil Antiquitatis penitus nos ignorare debere*; y 2.º porque el mismo autor esplanó estos títulos en sus *Elementos del derecho segun el orden de las Instituciones*, no obstante que cuando los compuso no ignoraba la citada costumbre de las academias. No dudamos pues hacer un obsequio á nuestros lectores supliendo á Heinecio con el propio Heinecio, es decir, tomando de las *Antigüedades* del mismo autor los títulos que faltan en las Recitaciones, y agregándolos á esta nueva edicion.

TITULO PRIMERO.

De las herencias abintestato.

Cuan libre y amplia fuese entre los romanos la facultad de disponer de sus bienes, bastante se deja entender con lo que hasta aqui llevamos dicho. Mas en el caso de que alguno no hubiese usado de este arbitrio, se devolvian los bienes á los próximos parientes, y á estas herencias se daba el nombre de *lejítimas*, l. 1. 2. 3. ff. de *petit. haeredit*, l. 1. §. 8. ff. ad *Senatus-consultum Tertull.*, y tambien en el de herencias de intestados, *Auct. Collat. Leg. Mos. et Rom. XVI*. Pero como este órden antiguo de suceder fue todo él mudado por las leyes mas recientes, y con especialidad por la Novela CXVIII, nos parece propio de esta obra esponer sobre este punto las Antigüedades romanas con toda la exactitud á que alcancemos.

I. Los antiguos romanos en la sucesion de los intestados, no trataban de que fuesen herederos los que parecia que debian merecer al difunto mayor afecto que los demas (principio que despues siguió Justiniano), sino de que las facultades permaneciesen en la familia, y no pasasen á otras jentes. Asi era que á la herencia de los intestados no llamaban sino á los que eran de un mismo tronco y familia. Binkershoek *obs. II*, 1. Por eso de estas herencias se decia que *volvian*, Terenc. *Andr. XI*, 5. v. 4.: *á su muerte volvieron á unir los bienes por la ley*. A propósito de cuyas palabras se espresa asi Donato: *Este trató del derecho diciendo que volvieron, porque vuelven á la familia si*

no hay heredero de próximo ó por testamento. Con preferencia á todos la herencia de los intestados se deferia á los *herederos suyos* por las leyes de las XII tablas (*), en las cuales estaba escrito: *si muere intestado alguno que no tenga heredero suyo, el próximo agnado tenga la familia.* Paul, l. 9. §. 2. ff. de liber. et posthum. Ulpian. Fragm. XXVI, 1. Jac. Gothofr. Leg. XII. Tab. V. 2. Luego en las XII tablas no habia un capítulo particular acerca de la sucesion de los suyos, ni propiamente podia decirse que eran llamados por la ley á la sucesion por cuanto ya por sí é *ipso jure* eran herederos, y el derecho de herederos suyos los hacia en cierto modo dueños aun en vida del padre, §. 2. Inst. de haered. qual. et deffer, l. 11. ff. de lib. et posthum.; de suerte que la sucesion de ellos no tanto debe considerarse como herencia, cuanto como continuacion de dominio. Cujac. obs. XXV. 14. Error. pragmat. Dec. III, err. 1. (**)

II. Se llamaban herederos *suyos* los que estaban constituidos bajo la potestad del difunto, y

(*) Y aun antes, en tiempo de los reyes, los herederos suyos eran los primeros en suceder abintestato, segun Schulting. ad Ulpian. Fragm. p. 665; que en este punto se separa de Galbano de Usufruct. VIII, 13. y sig., quien prefiere derivar esta ley de los Institutos de Solon.

(**) Aqui viene bien aquel pasaje de Plauto *Trinum II. 2*, donde Lisiteles, preguntando si queria socorrer con lo suyo á un amigo, le responde:

..... De meo
Nam quod tuum est, meum est: omne meum est autem
tuum.

obtenian el lugar próximo en esta potestad. Tales eran los hijos y las hijas. En este punto los decemvros no habian seguido el derecho ateniense, el cual en primer lugar admitia á los hijos y despues de ellos á las hijas á la herencia paterna: Iseo, *Orat. IX*. Pero en Roma desde un principio eran herederos suyos con igual derecho los hijos y las hijas: Perizon. *de leg. Vocon. p.* 133. Tambien eran herederos suyos los nietos y nietas nacidos de hijos varones que el abuelo tenia en su poder, con tal que no hubiesen de recaer bajo la potestad del padre. *Cai. Inst. II. 3. 6 Paul. Recept. Sent. IV. 3. 4. sig. Ulpian. Fragm. XXII. 14*. Y no era esencial que estos hijos fueran naturales ó adoptivos. Y aun la mujer que estaba bajo la potestad del marido, y la nuera que estaba bajo la del hijo que tenia bajo su poder, se contaba entre los herederos suyos, segun Ulpiano *Fragm. XXII. 14. y Caio apud. Auctorem Collat. Leg. Mosaic. et Roman. tit. XVI. 2. Gell. Noct. Att. XVIII. Dionys. Halic II. p. 95*. El mismo derecho en la edad siguiente conseguian los hijos, ya fuesen legitimados por subsiguiente matrimonio, ya por oblacion á la curia, ya por rescripto del príncipe, con tal que estos últimos hubiesen sido legitimados con el fin de suceder. *§. 2. Inst. h. t. (*)*

III. Y aun los nacidos despues de la muerte del padre, ó los que vuelven del poder de enemigos, ó los manumitidos de primera ó segunda emancipacion, ó aquellos cuya causa de error habia sido aprobada, aun cuando no estuviesen bajo

(*) Véanse las *Ant. Rom. lib. I. tit. X. n. 4. 6. y Pith. ad Collat. leg. Rom. et Mosaic. p. m. 790.*

la potestad del padre, sin embargo, se hacian herederos suyos, segun dice Paul. Recept. Sent. IV. 8. 7. Para la intelijencia de este pasaje se ha de saber que trata (I) de los *póstumos*, pues estos eran herederos suyos, porque á haber nacido en vida del padre hubieran estado bajo su potestad. (II) De *los que vuelven de la cautividad*, los cuales, á la manera de todos los demas derechos, asi tambien recobraban por el postliminio los de ciudad y de suidad, §. 4. *Inst. h. t.* (*) (III) De *los hijos manumitidos de primera y segunda emancipacion* ó venta; porque si un hijo de familia, para ser emancipado, era vendido ó mancipado, y permanecia algun tiempo en esta mancipacion ó enajenacion (lo cual podia suceder), perdia los derechos de suidad. El manumitido empero de la primera ó segunda mancipacion los recobraba, por cuanto solamente vendido tres veces, y manumitido otras tantas, quedaba libre de la patria potestad. Al modo pues que el manumitido primera y segunda vez, siempre que no se agregase la tercera emancipacion, rompia el testamento del padre, Ulp. Frag. XXIII. 3, asi tambien él mismo recobraba el derecho de suceder abintestato, Caio, *Inst. II. 8. 1.* Finalmente Paulo habla tambien (IV) de aquellos *cuya causa de error habia sido aprobada*. Es de saber, que á veces por error se contraia matrimonio entre personas de desigual condicion; por ejemplo, si un ciudadano romano se casaba con una estranjera, latina

(*) Pero si moria en el cautiverio, si finjia que antes de su muerte habia ya fallecido en la ciudad, segun la ley Cornelia, Ulp. *Fragm. XXIII. 5.*

ó dediticia, creyendo ser ciudadana, ó si una ciudadana romana contraia por error matrimonio con un extranjero, latino ó dediticio. Siempre que esto se verificaba cesaba la suidad; pues los hijos procreados de semejantes nupcias no estaban bajo la patria potestad. Mas si la causa del error habia sido aprobada, los padres igualmente que sus hijos alcanzaban los derechos de ciudad y familia. Ulp. *Fragm. VII. 4. Añá. Comment. ad L. Jul. et Pap. Pop. II. 1. p. 117.*

IV. Estos herederos suyos entraban todos á la particion de la herencia, pero de suerte que los hijos é hijas sucedian por cabezas, y los mas remotos por estirpes; es decir, en el lugar y porcion de su padre, §. 6. *Inst. h. t.* Ni habia diferencia alguna entre los hijos y las hijas, los nietos y las nietas, pues sin consideracion ninguna al sexo conseguian las herencias de los difuntos en iguales porciones, segun demuestra eruditamente Jac. Perizon. *diss. de lege. Vocon.*, p. 133 y sig. Pero estas herencias de las hembras fueron últimamente restringidas por la ley Voconia, en la cual á mas de otras cosas se establecia que las hembras no fuesen admitidas á ninguna herencia de los difuntos, Perizon. *l. c. p. 135.* Cuya ley comprendia tambien las herederas suyas y consanguíneas, tanto que ni aun era permitido instituir heredera á una hija única, Agustín, *de civit. Dei. III. 21.*; ni tampoco restituir una herencia dejada en fideicomiso á la hembra para quien habia sido destinada por el testador, Cic. *de finib. II. 17.* Esta ley no tan solo hacia relacion á los testamentos, sino tambien á las herencias abintestato, como claramente demostró Perizon.,

p. 105. y sig. Y por eso Polibio, *except. de virtut. et vit. p. 1462.*, refiriendo que Escipion el Africano habia dejado á sus hermanas la herencia materna, añade: *de la cual nada pertenecia á ellas segun las leyes*; donde por *leyes* se debe entender la ley Voconia. Mas despues que dicha ley Voconia quedó sin vigor por la opulencia de los ciudadanos (Gel. Noct. Att. XX. 1.), quedó no obstante la costumbre de que las mujeres cuando menos no fuesen admitidas á las herencias lejítimas, llevando ventaja á las consanguíneas; cuya práctica hace derivar de la ley Voconia el jurisconsulto Paulo, *recep. sent. IV. 8. 12.*

V. Por lo que hace á las consortes, ya observamos antes §. 2., que si estaban bajo de potestad eran herederas suyas, y por tanto sucedian al marido; lo cual manifiesta claramente Dion. Halic. II. p. 95., donde dice que *las mujeres casadas fueron participantes de todos los bienes, igualmente que de las cosas sagradas domésticas*. Y se confirma por el ejemplo de Laurencia, que habiendo muerto muy rico su marido Tarrucio, adquirió todos sus bienes, Macrobi., *Saturn. I. 10.* Plut. *quaest. rom. XXXV.*; aunque no consta si sucedió por testamento ó abintestato. Pero despues se varió esto, acaso porque no fue tan comun el que las esposas cayesen bajo la potestad del marido. Por lo cual en adelante las mujeres casadas no eran llamadas á la posesion de los bienes sino por el edicto del pretor *unde vir et uxor*. Pero de esto se tratará mas abajo.

VI. El derecho de suidad se quitaba por la mayor ó media capitis-diminucion, y aun tambien por la emancipacion. Asi es que los emancipados

perdian toda la herencia, sin que el derecho civil ofreciese medio alguno de que consiguiesen alguna parte de las facultades paternas, §. 9. *Inst. h. t.* Ni aun los hijos de emancipados, siendo concebidos despues de la emancipacion, eran herederos suyos respecto del abuelo, §. 9. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.*, y por lo mismo no recibian ninguna parte de la herencia abouenga, al modo que tampoco la acojian los adoptados por el hijo emancipado. Paul., *recept. sent. IV.* 8. 12.

VII. No obstante vino en ausilio de los emancipados el pretor, movido de la natural equidad; pues por el edicto *unde liberi* les dió la posesion de bienes, no de otro modo que si al tiempo de la muerte estuvieran bajo la potestad del padre, *tit. ff. unde liberi*. De cuyo beneficio disfrutaban tambien los hijos de los emancipados, mas no sus hijos adoptivos, los cuales ni aun como cuasicognados podian pedir la posesion de bienes, Paul. *recept. sent. VI.* 6. 12. Ni por dicho edicto del pretor eran llamados los mismos emancipados, si se habia dado á otros en adopcion, á no ser que antes de la muerte del padre fuesen otra vez emancipados; porque entonces segun el derecho pretorio recuperaban á su padre, Ulpian. *Fragm. XXVIII.* 8. §. 10. 11. *Inst. h. t.*

VIII. Mas todo esto fue corregido por el derecho posterior, que llamaba tambien á los emancipados á la sucesion de sus padres, Nov. CXVIII. 1. (incluyendo no obstante los bienes recibidos antes), y á los que se habian dado á otros en adopcion, *L. pen. C. de adopt.*

IX. Lo que arriba dejamos dicho en cuanto á la sucesion de los nietos y nietas, se debe en-

tender de aquellos ó aquellas que eran descendientes por el lado masculino. Porque los nacidos de hijas (nietos), y los nacidos de nietas (biznietos), estos no eran llamados á la sucesion juntamente con los hijos é hijas, ni con los nietos por parte de los hijos, sino que acostumbraban ser nombrados entre los cognados despues de la línea de los agnados, §. 15. *Inst. h. t. Paul. recept. sent. IV.* 8. 10. Pero tambien esto creyeron deberlo mudar los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, *l. 9. C. de suis et legit. lib.*, los cuales mandaron que los nietos por parte de hija sucediesen al abuelo materno y á la abuela juntamente con los hijos é hijas del difunto; de manera, sin embargo, que tan solo recibiesen dos partes de la porcion materna, y la otra tercera quedase en poder de los hijos y las hijas. Pero tambien esto lo mudó despues Justiniano en la *Nov. CXVIII. 1. (*)*

X. Tambien es de notar que los herederos suyos; por ser tales *ipso jure*, aunque lo ignorasen, conseguian la herencia, como los furiosos, infantes, los que estaban viajando por paises estraños; ni necesitaban de la autoridad del tutor los pupilos, ni del consentimiento del curador los furiosos, á no ser que tal vez la herencia no bastase para pagar las deudas. *Paul., recept. sent. IV.* 8. 5 y 6.

(*) A este derecho le llama bárbaro en el principio de la *Nov. XXI. Part. II.*, siendo asi, no obstante, que el mismo Dios estableció que los hijos deben ser preferidos á las hijas en la herencia. Núm. XXVII. 8. V. Jac. Perizon. *ad l. Vocon. p.* 109. *Seld. de success. Hebr. I. p.* 2.

TITULO II.

De la legitima sucesion de los agnados.

A falta de herederos suyos, la ley de las XII. tablas, citada en el título anterior §. 1., llamaba á la sucesion á los próximos *agnados*, y faltando tambien estos á los *jentiles*. Asi que, en este título trataremos de la legitima sucesion de los *agnados* y *jentiles*.

I. Los jurisconsultos definen los agnados, diciendo ser *allegados unidos por parentesco que viene por personas del sexo masculino*, ya sea natural este vínculo, ya civil, cual es la adopcion; pues tambien por medio de esta se consiguen los derechos de agnacion, §. 2. *Inst. h. t.* Y se llaman agnados, como si dijéramos allegados por el padre, §. 1. *Inst. de legit. agnat. tutela.* §. 1. *Inst. h. t.*; y tambien la llaman cognacion legitima, Cayo, *Inst. II. 8. 3. y la l. 12. §. ult. ff. de rit. nupt.* (*) Pero aun quando esto esté bien dicho siempre que los agnados se consideren en contraposicion á los *cognados*, no obstante, no basta la definicion si hay que distinguir los agnados de los *jentiles*. Porque estos tambien son cognados unidos en parentesco por personas de sexo masculino, y sin embargo en las leyes de las XII tablas

(*) Sin embargo, bajo otros respectos, por *legitima cognacion* se entiende la que dimana de la adopcion, y por tanto se opone á la natural, *l. 4. §. 2. ff. de gradib. et affin.* V. Brissou. de *Verb. Sign. lib. X.* en las palabras *legitimae cognationes*.

son distinguidos de los agnados. Por lo cual habremos de indagar cuidadosamente de las Antigüedades romanas, quiénes fueron llamados agnados, quiénes jentiles, y quiénes por fin cognados.

II. Entre los romanos habia muchas *jentes* ó razas, unas *patricias* y otras *plebeyas* (*), segun circunstanciadamente las describieron Glandorpio, Ant. Agustino, Fulvio Ursino, y los que enriquecieron la obra de este último con muchas adiciones, Carl. Patino y Vailancio. Cada *jente* se distinguia con su nombre, y por eso una se llamaba *Cornelia*, otra *Sempronia*, otra *Tulia*, otra *Cincia*, etc. Y como es lo regular que una *jente* se ramifique en varias estirpes y familias, asi es que en Roma habia de una misma *jente* muchas familias, las cuales se distinguian entre sí con sus *cognombres*. Festo p. 292. *Se llama jente la que se compone de muchas familias*. Asi, de la *jente cornelia* nacieron las familias de los *Escipiones*, *Léntulos*, *Sulas*, *Cinnas*, *Cosoros*, *Dolabelas*. Finalmente, como hasta las familias se subdividiesen en nuevas estirpes, se hizo de suerte que estas se distinguiesen por los *agnombres*. La *jente Virginia*, por ejemplo, se distribuyó en varias familias,

(*) Efectivamente, en los tiempos mas antiguos de la república, solo de los patricios se decia que tenian *jente*. En Tito Livio X. 6. dice P. Decio: *siempre se ha oido lo mismo, que solo vosotros teneis jente*. Y asi es que aun entre los patricios unos se decian de *jentes mayores*, y otros de *jentes menores*. Sig. de antiquo jure civ. Rom. I. 7. p. 109. Mas por último, habiéndose comunicado con la plebe los honores, auspicios y connubios, tambien los plebeyos recibieron los derechos gentilicios. De aqui la division de las *jentes* en *patricias* y *plebeyas*.

y de aqui los cognombres de los *Tricostos*, *Rufo*, etc. Divididos despues los *Tricostos* en diversas estirpes, nacieron de aqui los agnombres de *Rutilos* y *Celimontanos*. Y por eso los romanos han usado de tantos nombres, de los cuales el primero se llamaba *prenombre* (*), por ser propio de la persona; el segundo *nombre*, porque era comun á toda la jente, y el tercero *cognombre*, porque denotaba la familia de la misma jente; y el cuarto, por último, *agnombre*, por cuanto indicaba una estirpe, las mas veces de aquella familia, ó alguna hazaña, ó algun defecto ó hábito del cuerpo ó del ánimo. Asi, por ejemplo, en el nombre *A. Virjinio Tricosto Celimontano*, Aulo era el *prenombre propio* de este sugeto, *Virjinio* el *nombre gentilicio*, *Tricosto* el *cognombre*, que designa aquella familia de la jente Virjinia, de la cual descendia Aulo, y por último *Celimontano* el *agnombre*, porque denotaba cierta familia de aquella estirpe. Véase Car. Sigon. de *Nom. Rom.* p. 1403 y 1427, *edic. de Diom. Godofredo*. Por lo dicho es bien claro cuales fueron llamados *agnados* y cuales *jentiles*. Todos los que venian de la misma

(*) En la jente Sulpicia hubo la singularidad de que muchas veces usó de dos prenombrs, uso comun, Servio, y otro propio de cada uno, v. gr. Cayo, Fulv. Ursino de *Famil. Rom.* p. 268, aunque parece que se equivoca este sábio cuando cree que siempre sucedió esto en la jente Sulpicia. Pues el célebre jurisconsulto de esta jente, las mas de las veces usó solamente del cognombre de Servio, y varones muy doctos, especialmente Ever. Otton, en la vida de Servio Sulp. Cap. 1, §. 4. tomo V. *Thesaur. jur.* p. 1561, creen que no tuvo dos cognombres.

estirpe y familia, se llamaban *agnados*. Por ejemplo, todos los Escipiones eran agnados de P. Cornelio Escipion. Mas los que descendian de la misma jente Cornelia, como los Léntulos, Cosis, Cinnas, Sulas, Dolabelas, eran jentiles, Por eso Ciceron, Topic. VI, dice: que *son jentiles los que tienen entre sí un mismo nombre, los que son oriundos de injénuos, ninguno de cuyos antepasados no estuvo en servidumbre ni fue capiteminuido*. Festo en la voz *jentiles*, p. 292. trae estas palabras: *llámase gentil el que viene de un mismo jénero ó tronco, y el que lleva un nombre semejante, como dice Cincio, son jentiles míos los que tienen mi nombre*. Resulta pues que son jentiles todos los que usan del mismo nombre. Y lo que Ciceron añade, de que deben ser oriundos de injénuos, y no haber los antepasados estado en esclavitud, viene de que tambien los libertos tomaban los nombres y cognombres de los patranos, y sin embargo no eran jentiles. Asi que, *P. Terencio Alfer* no fue gentil de los Terencios, por cuanto no era injénuo, al modo que tampoco Tiron no era agnado de M. Tulio, por haber tomado este cognombre. Finalmente, el mismo Ciceron añade: que los jentiles no debian haber sido capite minuidos; porque la capitis-diminucion, aun la mínima, segun arriba queda dicho, destruia los derechos de familia.

III. Viniendo ahora á la sucesion de los agnados, acerca de ella se establecia en las leyes de las XII tablas, que *si uno muere intestado, sin dejar hijos que le sucedan, entre á la herencia el agnado mas cercano*. Luego no eran llamados los agnados, á no ser cuando faltaban herederos su-

yos. (*) Y aunque la ley conferia la herencia á todos los agnados á un mismo tiempo, solo se adjudicaba á aquel que cuando se verificaba el que uno habia muerto intestado, se hallaba en el grado mas cercano. En lo cual los intérpretes del derecho se adherian tanto á lo literal de la ley, que si el próximo agnado cometia una omision, ó moria antes de aceptar la herencia, no se admitia á ella á los mas remotos. (**) §. 7. *Inst. h. t.* Cayo, *Inst. II*, 8. 4. Paul. *Recept. Sent. IV*, 8. 23. Ulp. *Fragm. XXXV*, 5. Fabrot. *ad Theoph.* §. 7, de *legit. agn. success.*

IV. Pero si habia muchos agnados del mismo grado, todos sucedian por cabezas, ya fuesen varones, ya hembras; pues las XII tablas ninguna diferencia en este particular establecian entre los sexos, como advierten Justiniano, §. 3. *Inst. h. t.* y Paul. 8. *Recept. Sent. IV*. 8. 22. Despues fueron escluidas todas las agnadas, escepto las hermanas. Y por eso Paulo, *Recep. Sent. IV*. 8. 22., dice: *Las hembras no son admitidas á las herencias légitimas mas allá de las sucesiones con-*

(*) Es decir, cuando faltaba de tal modo que ni aun quedaba esperanza. Porque mientras se espera que algun heredero suyo pueda hacerse heredero, no hay lugar á los agnados; como si la mujer estuviese embarazada, ó el hijo en poder de los enemigos. Ulp. *Fragm. XXV*. 3.

(**) Alej. y Fac. *Oisel ad Cajum ibid.* son de opinion que el agnado mas remoto escluido por derecho civil, era llamado por el pretor, por el edicto *unde cognati*; pero esto no sucedia mas que cuando al mismo tiempo habia algun agnado próximo. Porque no habiéndole, eran llamados sucesivamente los cognados, como observa muy bien Schulting. *Jurisprud. ant.* p. 139.

sanguíneas. V. á Ulp. Frag. XXV. 6. Cuya mudanza atribuye Justiniano á la jurisprudencia media, d. §. 3. Mas Paulo dice, que esto se introdujo por derecho civil por la ley *Voconia*. Como esto deba entenderse, lo manifiestan eruditamente Periz. *Diss. de lege Vocon.* p. 186. sig.; y Schulting. *Jurisp. ant.* p. 412. No obstante, tambien miró por ellas el pretor, llamándolas á la sucesion por el edicto *unde cognati*, d. §. 3. *Inst. h. t.*

V. No por derecho de agnacion sino de patronato sucedian tambien los padres á sus hijos emancipados, á quienes habian librado de su potestad ó emancipado, mediando el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Lo cual esplica elegantemente Cayo, *Inst. I. 6. 3.* donde dice: *Sin embargo, habiendo emancipado por tercera vez el hijo, pasando de la potestad del padre natural á la del padre fiduciario, el padre natural debe cuidar de que el padre fiduciario se lo remancipe, esto es, se lo vuelva á su potestad, para que sea manumitido por el padre natural; con el objeto de que si muriere dicho hijo pueda sucederle el padre natural y no el fiduciario.* Sucedia pues el padre á los hijos emancipados, como patrono ó manumisor, si habia interpuesto el pacto de fiducia. Pero si le habia omitido sucedia con el mismo derecho el padre fiduciario. Sin embargo el pretor, movido despues de la equidad natural, llamaba al padre natural á la posesion de los bienes por el edicto *unde decem personae* §. 1. y 2. *Inst. de bon. poss.*

VI. Pero todo esto fue variado posteriormente por el derecho introducido principalmente por Justiniano. Porque en primer lugar se confundie-

ron los derechos de agnacion y cognacion, *Nov. CXVIII. 4.* Ademas tambien los agnados mas remotos, repudiando la herencia los mas próximos, han sido despues llamados por la constitucion de que habla el emperador en el §. 7. *Inst. h. t.* Por lo que toca á las agnadas, les dió Justiniano el mismo derecho de que gozaban los agnados, aun cuando no fuesen consanguíneas, *l. penult. C. de legit. haered.* Finalmente, tambien habia necesidad del pacto de fiducia despues que Justiniano, por virtud de su constitucion, ordenó que las emancipaciones se supusiesen siempre hechas como si mediare el pacto de fiducia, §. 8. *Inst. h. t.* Y aun toda la diferencia que en razon de la sucesion habia entre los hijos suyos y los emancipados, la quitó tambien del todo el mismo Justiniano en la *Nov. CXVIII. 2.*

VII. A falta de agnados, las leyes de las XII tablas llamaban á los jentiles. Pues dijeron los decenviros: *si no hay agnados tengan la herencia los jentiles.* Ulp. *Fragm. XXV.* La ley pues de las XII tablas iba á progresion, de la casa á la familia, de la familia á la jente, sin duda con el fin de que los bienes, si sucediesen los cognados, no pasasen á otra jente. Bynkersh. *Obs. II. 1.* De esta sucesion de los jentiles habla tambien Ciceron, *de Orat. I. 38.*; de donde se infiere que en su tiempo aun no habian caido en desuso las sucesiones jentilicias, asi como tambien de César refiere Suetonio, *Jul. I.*, que habia sido multado por Sila *en la dote de la mujer y en las herencias jentilicias.* Pero sin duda las debió haber abolido el edicto del pretor, que llamaba tambien á los cognados á la sucesion. A la verdad, Ulp. *ibid* y

Cayo, segun el aut. de la *Collat. Leg. Mosaic. et Rom. XVI. 2.*, testifican que ya en su tiempo habia caido en desuso dicha sucesion de los jentiles.

TITULO III.

Del senadoconsulto tertuliano.

Como las madres no tenian bajo su potestad á los hijos, ni podian ser contadas entre los agnados, á no ser que ellas mismas estuviesen bajo la potestad de los maridos, era consiguiente, segun los principios del derecho romano, el que la sucesion tampoco fuese mútua entre las madres y los hijos. Mas despues se consideró esto como repugnante á la equidad y conmiseracion. Por lo cual se miró por el interes de unos y otros por los lejisladores posteriores, y especialmente por los dos senadoconsultos de que vamos á tratar en este y en el siguiente título.

I. Efectivamente, en primer lugar el pretor, siguiendo la equivocacion natural, llamó á las madres á la sucesion de sus hijos, y á estos á la sucesion de las madres, por el edicto *unde cognati*, *pr. Inst. h. t.*

II. Despues tambien el emperador Claudio, compadeciéndose de la afliccion de las madres, para consuelo de la pérdida de sus hijos, desirió á las madres las herencias lejítimas de ellos, §. 1. *Inst. h. t.* A lo cual suele referirse aquel lugar de Suetonio, Claud. XIX. *A los fabricantes de naves para el comercio concedió varias prerogativas segun la condicion de cada uno; al ciudadano la vacacion de la ley Papia Popea; á los latinos el de-*

recho de caballeros romanos , á las hembras el derecho de cuatro hijos. Pero este pasaje no puede referirse al derecho de suceder concedido á las madres de tres ó cuatro hijos en los bienes de estos, puesto que esto se introdujo despues en tiempo de Adriano, sino á la escusa de la tutela concedida á las madres que tenian esta circunstancia, como es de inferir de Ulp. , *Fragm. XXIX. 3. , y Schultinjo, annot. ad h. l. p. 677.* Es probable lo que observó Cujacio, *not. posteriorib. ad §. 1. Inst. h. t.*, y con él J. de Costa; es decir, que este beneficio de Claudio mas bien fue personal que no un derecho comun concedido á todas las mujeres.

III. Por fin aquella áspera sutileza del derecho civil fue quitada del todo por el *senado-consulto tertuliano*, sobre cuya fecha apenas puede establecerse cosa cierta en medio de la gran oscuridad de los fastos consulares. En el §. 2. *Inst. h. t.* se dice haber sido hecho en tiempo de Divo Adriano. Mas en atencion á que en el imperio de Adriano ningun consul aparece en los fastos llamado *Tertulio*, siendo asi que por el contrario en tiempo de Antonino, hácia el año del Señor 158, se nombraron los cónsules *Tertulo* y *Sacerdos*, sospechó Cujacio, *not. priorib. ad Inst. h. t. (*)*, que en aquel párrafo de la Instituta se debe entender Antonino Pio, quien á veces lleva el prenombre de Adriano, adquirido por adopcion. Véase la *ley 37. ff. de judic. junct. l. 5. §. 1. ff. ad l. jul. de vi publ. l. 91. ff. ad l. falcid. junc. l. 93.*

(*) Asi tambien opinan Hotom. *de leg. p. m. 157.*, y Vic. Gravina, *de leg. et senatus consult. LXXXIII. p. 665 y sig.*

ff. eod. l. 58. §. 3. ad senatusconsultum trebell.
 (*) Pero dudo que con esto quede la cosa del todo decidida. Es verdad que en tiempo de Adriano ningun Tertulio consul aparece en los fastos consulares; pero quién ignora que en un mismo año se sustituían muchos cónsules, de los cuales raras veces se hace mencion en los fastos consulares? En nuestro mismo derecho se hace mencion de los cónsules *Tertulo y Máximo: l. 29. §. 5. ff. ad leg. jul. de adult.*, de los cuales sin embargo nada hablan los fastos, ni se sabe de fijo el año de su consulado. Ademes, es muy raro el que se confundan los nombres de Adriano y Antonino; ni parece que sin mas ni mas se deba entender uno por otro. Pudiera creerse que favorece la opinion de Cujacio el que Zonaras XII, p. 593., dice haber una ley de Antonino Pio, en la cual se establecia que muriendo intestados los hijos, les sucediesen los padres, y que los hijos, en caso de carecer de hijos ellos mismos, dejasen á los padres la porcion legítima. Pero nadie que esté algo enterado en la historia del derecho puede ignorar cuan falso es todo esto (**). Porque ya mucho an-

(*) Añade Cujacio otro ejemplo, á saber; la epístola de D. Adriano sobre el beneficio de division concedida á los fiadores, §. 4. *Inst. de fidejuss. l. 26. ff. de fidejuss.*; pues tambien cree que esta es de D. Pio, atendiendo á l. 49. §. 1. *ff. de fidejuss.* Pero que esto sea falso, se infiere de que dicha epístola de Adriano fue comprendida en el edicto perpétuo, *Paul. recept. sent. l. 21. 1.* Por lo cual debe creerse que ya existia antes del imperio de Antonino Pio.

(**) Lo mismo debe creerse de la narracion del *Chron. Pasch. ad ann. CLXXVI.*, donde dice el autor ha-

tes de los tiempos de Pio se habia concedido al padre la sucesion abintestato en los bienes del hijo emancipado, y ya antes le competia la queja de inoficioso; y que el derecho de la cuarta, para esclair la queja de inoficioso, fuese mas antigua, ya lo hemos observado arriba en el lib. II. tit. XVIII. XIX. §. 7.

IV. Por todo lo dicho parece lo mas seguro sentar que el senadoconsulto Tertuliano fue realmente hecho en tiempo de Adriano, pero que ha perecido la memoria de los cónsules sustituidos bajo los cuales se formó, sin que tampoco su fecha pueda con facilidad fijarse. Mas parece averiguado que el senadoconsulto Tertuliano sea mas antiguo que el Orficiano, y que antes se haya mirado por las madres acerca de los bienes de sus hijos, que no por los hijos respecto de los bienes maternos. La razon de esto, que Vinio en el *pr. Inst. de senatusconsulto Orphit.*, confiesa ignorar, ha sospechado el sabio Ant. Scultinjo, *ad Ulp. Fragm. XXVI. 8. p. 669*, ser el que la madre, queriendo, podria usar de conmiseracion por medio del testamento, cosa que muchas veces no seria fácil á los hijos á causa de la edad. Por quanto pues seria mas frecuente el que las madres quedasen sin participar de la herencia de los hijos, que no los hijos sin la de la madre, piensa el citado Scultinjo no ser extraño que el senado haya pen-

berse establecido entonces que el padre sucediese abintestato á los hijos, y que al hijo ingrato se le dejase cierta cantidad de los bienes paternos. Pero ya demostró Jar Godofredo, *ad l. 1. C. Theod. de infirm. poen. coelib. et orb.*, cuan raras veces esponen con exactitud los historiadores recientes todo lo que pertenece al derecho.

sado antes acerca de la sucesion de las madres que de la de los hijos.

V. Por lo demas el senadoconsulto Tertuliano establecia que la madre injénua que tuviese el derecho de tres hijos y la libertina de cuatro, fuera admitida á los bienes de sus hijos ó hijas muertos abintestato, aun cuando dicha madre estuviese bajo la potestad de su padre, con tal, sin embargo, que estando sujeta á potestad ajena, aceptase la herencia con órden de la persona que la tuviese bajo su poder, §. 2. *Inst. h. t.*

VI. Se concede pues este beneficio á la madre, mas no á la abuela, segun espresa claramente Justiniano en el mismo §. Ni gozan de este beneficio todas las madres indistintamente, sino tan solo las que tenian el derecho de los hijos, de que hemos tratado arriba en el *lib. II. tit. XXV. §. 2. sig.* A la verdad, las madres injénuas necesitaban de tres hijos; las latinas que habian conseguido el derecho quiritario de otros tantos, y las libertinas de cuatro, si querian suceder en los bienes de sus hijos. *Jul. Paul. recept. IV. 9. 1. y 7. 8.* Ademäs era preciso que estos hijos estuviesen vivos (*) y hubiesen nacido en el séptimo mes cumplido, ó en el décimo, pues no valian los nacidos prematuramente, como tampoco tres gemelos (**), ni los infantes monstruosos (***), ni los dados á luz por me-

(*) En efecto, los muertos no aprovechaban, asi como tampoco en la ley Papia Popea, l. 129. ff. de V. S.

(**) A no ser que los infantes hubiesen ido naciendo con ciertos intervalos, de que hay ejemplo en la ley 3. ff. si pars. haered. pet., y en *Plin. Hist. nat. VII. 11.*

(***) En esto era diferente la ley Papia Popea, segun

dio de aborto espontáneo ó producido con medicamentos. Paul., *l. c.* §. 1. *sig.* Pero todos los defectos y aun la misma horfandad era suplida por beneficio del príncipe, por cuyo medio hasta conseguian el derecho de los hijos las que nunca habian parido; de lo cual hablamos arriba en el *lib. I. tit. XXV. n. 8.*

VII. Tambien debe observarse que este senadoconsulto preferia á las madres todos los hijos del difunto que estaban en clase de herederos suyos, ya fuesen de primero ó de ulteriores grados, y aun tambien los emancipados, como tambien el pretor los llamaba antes que la madre á la posesion de los bienes. Era tambien preferido el padre, á quien por la misma ley pertenecia la herencia ó la posesion de los bienes por el edicto *unde legitimi*, ó *unde docem personae*. Finalmente, hasta el hermano consanguíneo era preferido á la madre; y aun tambien el adoptivo, *l. 1. §. ult. ff. de suis legit. haered.* Mas la hermana consanguínea no excluia á la madre, sino que juntamente con ella aceptaba la herencia en la mitad, si era hija la que habia muerto, y si fuese hijo, en la porcion viril, *l. 2. C. th. de sec. nupt.* Todo lo cual explica breve pero exactamente Ulpiano en su *Fragm. XXVI. 8.*

VIII. Pero todo esto fue variado por Justiniano segun su costumbre. Pues fuera de que no

la cual tambien los partos monstruosos suplian el número de hijos, *l. 135. ff. de V. S. Jac. Godof. ad lib. Pap. cap. XII.* La razon es sencilla, y consiste en que en la ley Papia se trataba de evitar un daño, y en el senadoconsulto Tertuliano de adquirir una ganancia.

quiso que las madres necesitasen ya del derecho de tres ó de cuatro hijos, prohibió tambien el que los hermanos asi consanguíneos como uterinos escluyesen á las madres. Nov. CXVIII. Esto lo suelen esplicar mas estensamente los doctores tratando de este título y novela.

TITULO IV.

Del senadoconsulto Orficiano.

Al modo que por las madres habia mirado el senadoconsulto Tertuliano, asi tambien los hijos son llamados á la sucesion de los bienes paternos por el senadoconsulto Orficiano (*), de que vamos á tratar en este título.

I. Segun las leyes de las XII tablas la herencia de la madre intestada no pertenecia á los hijos, por cuanto las hembras no tenian herederos suyos. Ulp. Fragm. XXVI 7. Ni siquiera habia lugar á la posesion de los bienes *unde liberi* para obtener los bienes maternos, pues esta posesion se daba solo á los suyos ó á los que hubieran permanecido suyos, á no haber sido emancipados, l. 1. §. 6 ff. *unde liberi*.

(*) De otro senadoconsulto Orficiano, perteneciente á las manumisiones, hace mencion Paul, recep. sent. IV. 14. 1. que Guill. Ranchin, ad success. ab intest. §. V. 2., piensa ser el mismo que el que hace el objeto de este título, bien que lo cree diverso Schulting. Jurispr. ant. p. 427.; cuya opinion parece mas verosimil, por cuanto no puede concebirse que tenga que ver la manumision con la sucesion de los hijos en los bienes maternos.

II. Podia no obstante suceder que fuese lícito á los hijos pedir la herencia materna, ó instituir la queja del testamento inoficioso, aun antes que los hijos fuesen llamados por el senadoconsulto Orficiano á la sucesion en los bienes maternos. En efecto, cuando las madres habian sido emancipadas por los padres, y no tenian por lo mismo ningunos agnados, competia á los hijos abintestato la posesion de los bienes *unde cognati*; alcanzada la cual podian impugnar el testamento de la madre, al modo que tambien podian impugnar un testamento otros á quienes se habia concedido la posesion de los bienes, *l. 6. pr. ff. de inoffic. test.* Pero si las madres estaban bajo la potestad de los padres, entonces eran como consanguíneas respecto de sus hijos, y por eso tambien en este caso los hijos, como próximos herederos abintestato, aceptando la herencia, podian sin duda alguna impugnar los testamentos maternos por la queja de inoficioso, segun la *l. 7. ff. eod.* Y efectivamente hay ejemplos de quejas de inoficioso movidas contra los testamentos maternos antes del senadoconsulto Orficiano, de los cuales hace mencion Valer. Max. VII. 8. 2. *VII. 7. 4.* Plin., *epist. V. 1.* Véase Schulting. *Jurispr. ant. p. 668.*

III. Pero donde principalmente se miró por los hijos fue en el senadoconsulto Orficiano, hecho por los cónsules Rufo y Orfito, *pr. Inst. h. t.* Juliano, Rufo y Gavio Orsito (*), ó como se

(*) Aun no consta si debe escribirse orfitiano ú orficiano. El cognombre de los Orfitos es muy conocido en la antigüedad. No obstante, tambien se hace mencion de un tal Q. Orficio en una inscripcion de Gruter, p. 575. 1.

llaman en los fastos de Hub. Golcio *ad ann.* 930. Vecio Rufo y Cornelio Escipion Orfito fueron cónsules en el año de Roma 931, 178 de Cristo, segun Henr. Noris. *epis. consul. p.* 462. *tom. XI. thes. Ant. Rom.* Y por consiguiente consta que en el mismo año debió haber salido dicho senadoconsulto. Fue precedido por una oracion de los emperadores Antonino y Cómodo, recitada en el senado, de que habla Ulp. *Fragm. XXVI. 7.* Por lo cual en *Jul. Capitolin. Vit. Marci Anton. XI.*, se leen estas palabras: *M. Antonino tambien añadió leyes sobre la vijésima parte de las herencias, las tutelas de los libertos, los bienes maternos, y asimismo sobre las sucesiones de los hijos por la parte materna.* En efecto, la última ley no es sin duda mas que el senadoconsulto Orficiano, el cual por otra parte únicamente es atribuido á M. Antonino, *l. 9. ff. ad senatusconsultum Tertull. et Orphit. l. 6. ff. eod. l. 230. ff. de verb. signif.*

IV. Por lo demas este senadoconsulto concedió asi al hijo como á la hija la herencia legitima de la madre, aun quando estuviesen sujetos ó sujetas á potestad ajena, de suerte que fuesen preferidos á los consanguíneos y agnados de la madre difunta, *pr. Inst. h. t.* Y este beneficio se concedió á todos los hijos, aun los que no tuviesen padre conocido, por quanto su madre no puede ser incierta, *§. 3. Inst. eod. Paul. recept. sent. IV. 10.* 1. Ni se perdian por la capitis-diminucion estas sucesiones, *§. 2. Inst. eod.* Esto sin embargo deberá entenderse de la capitis-diminucion mínima, pues la legítima herencia de la madre intestada no podia pertenecer á la hija que por el senadoconsulto Claudiano se habia hecho sierva ó liberta, al

modo que nunca pudiera pertenecer á latinos ó extranjeros, Paul. *ib.* §. 2. 3.

V. Pero aunque los hijos fuesen herederos del padre *ipso jure* (véase arriba lib. III. tit. I. §. 1.), se hacian sin embargo herederos de la madre, no *ipso jure*, sino ó por la simple aceptacion de la herencia. ó por la peticion de la posesion de los bienes, ó por la solemnidad de la creacion. Paul. *recep. sent. IV.* 10. 4., y Cujac. *ibid.*, manifiesta atendiendo á la *l. 3. C. ad senatusconsult. Orphit.*, que el hijo puede tambien adquirir la herencia materua por la jestion-como-heredero.

VI. Pero tampoco este senadoconsulto careció de variaciones. En primer lugar se hizo estensivo á nietos y nietas, §. *Inst. h. t. l. 11. C. de suis et legit. lib.* Además, respecto de los que no tenian padre conocido, tan solo les permitió Justiniano suceder á las madres en el caso de que esta no fuese ilustre ni tuviese otros hijos legítimos, *l. pen. C. ad sen. cons. Orphit.* Finalmente quedó sin ningun uso este senadoconsulto desde que en virtud de la Nov. CXVIII. empezaron los hijos á suceder con el mismo derecho al padre y á la madre.

TITULO V.

De la sucesion de los cognados.

A falta de herederos suyos y de agnados eran próximamente llamados á la sucesion los cognados. En este título esplicaremos el oríjen de este derecho, tomándolo de las Antigüedades.

I. Las leyes de las XII tablas no tenian ninguna cuenta con los cognados, por mas que se es-

fuerce en probar lo contrario M. Vetran. Mauro, *de jure liber XXVII*. Porque aun cuando en Paulo, *recept. sent. IV. 8. 22.*, leamos por lo demas la ley de las XII tablas admite á los cognados sin distincion de sexo; no obstante, Rittershusio, *ad h. t.*, y Jacobo Godofredo, *ad ll. XII. tab. tab. V.*, observaron muy bien ser mendoso el citado lugar de Paulo, y que debe leerse no cognados, sino agnados. Y en efecto, fuera de los herederos suyos, agnados y jentiles, ningun órden de suceder se ve establecido por el derecho decemviral.

II. El modo pues de suceder, de que tratamos, viene del derecho pretorio, conforme al cual, y atendiendo al edicto *unde cognati*, se prometia la posesion de bienes á los cognados, si faltasen herederos suyos agnados, segun observa el mismo emperador, *pr. Inst. h. t.*

III. Sabido es quienes se llaman cognados, á saber; los que están unidos por parentesco de sangre, aunque sea por medio de mujeres, *l. ult. §. 2. ff. de gratib.* Por las adopciones se verificaba la agnacion civil, la cual sin embargo no daba derecho de cognacion, sino de agnacion, *l. 4. §. 2. ff. de gratib.* Los que no tenian padre conocido, los cuales no tenian ningunos agnados, podian sin embargo tener sus cognados; pero no los siervos, por lo menos en razon de la sucesion, porque en las sucesiones ninguna cuenta se tenia con las cognaciones serviles, *l. 1. §. 2. ff. unde cognati*; tanto que ni aun por la manumision adquirian el derecho de cognacion, segun la *l. 7. ff. eod.*

IV. En el lugar de los cognados eran tambien tenidos los agnados que habian sufrido la capitis-

diminuccion mínima, á escepcion de los hermanos y hermanas emancipados, mas no de los hijos de estos, los cuales juntamente con los hermanos retenidos bajo potestad sucedian por porciones dimidiadas (*), §. 1. *Inst. h. t.*, y Teof. *eod. loc.*

V. Aun cuando empero fuesen tambien llamados á la sucesion los cognados, bien que solamente en el grado próximo, sin embargo, este beneficio del pretor no se estendia mas allá del séptimo grado, puesto que desde el grado séptimo eran llamados los nacidos de ambos sexos, de primo hermano ó prima hermana, §. *ult. Inst. h. t.*, al paso que los agnados no solo eran llamados hasta el décimo grado, sino hasta lo infinito. Franc. Duar., *comment. ad tit. unde cognati*, páj. 580.

VI. Pero todo esto fue mudado por la jurisprudencia justiniánea, pues desde que por la *Nov. 218. 4.* fueron igualados en todo los cognados con los agnados, ya no se necesitó de este beneficio del pretor, y los cognados igualmente que los agnados empezaron á ser admitidos, no solo hasta el séptimo grado, sino hasta el infinito.

TITULO VI.

De los grados de las cognaciones.

Siendo frecuente en las cuestiones de sucesion contarse los grados de las cognaciones, creyó con-

(*) Sin embargo esto no deriva del derecho del pretor, sino de una ley anastasiana, de que hace mención la ley 4. C. de legit. tutor. l. ult. de legit. haered.

ducente Triboniano tratar de ellos en un título particular.

I. En la *l. 10. §. 10. ff. h. t.* enseña Paulo que se llaman grados de la semejanza con las escalas y lugares declives, pues para recorrerlos pasamos de uno al inmediato, esto es, al que por decirlo así nace de él. Toda aquella prolija ley está tomada del *lib. singul.* de Paulo, de *gradibus et affinibus et nominibus eorum*, de cuyo opúsculo de Paulo, no mucho mas prolijo que esta ley, refiere Cujacio, observ. IV. 40., haber existido íntegro en la biblioteca de cierto amigo suyo.

II. Se imaginaban dos líneas, una recta, y otra transversal; aquella comprende á los jénitores y enjendrados, esta á los emparentados lateralmente. Aquella se volvía á distinguir en superior é inferior. En estas líneas se contaban las personas, de suerte que una persona enjendada añadiese siempre un nuevo grado, *princ. y §. 7. Insí h. t.*

III. En la línea recta superior están en primer grado el *padre* y la *madre*; en el segundo el *abuelo* y la *abuela*; en el tercero el *bisabuelo* y *bisabuela*; en el cuarto el *tatarabuelo* y *tatarabuela*; en el quinto el 4.^o *abuelo* y 4.^a *abuela*; en el sexto el 5.^o *abuelo* y 5.^a *abuela*; en el séptimo y demas grados faltan nombres propios, y se usa de la comun denominacion de *mayores* ó antepasados, *l. 10. §. 7. ff. h. t.* En la línea inferior estaban en primer grado los *hijos* y las *hijas*; en el segundo los *nietos* y *nietas*; en el tercero los *biznietos* y *biznietas*; en el cuarto los *tataranietos* y *tataranietas*; en el quinto el 4.^o *nieto* y 4.^a *nietas*, en el sexto el 5.^o *nieto* y 5.^a *nietas*; en el séptimo grado á falta de nombres propios hay el nom-

bre jeneral de descendientes, *d. l. 10. §. 7. ff. eod.* Finalmente, en la línea trasversal se contaban en *segundo* grado los hermanos y hermanas; en el *tercero* los hijos é hijas (*) de hermano y de hermana, el tío paterno, tía paterna, tío materno, tía materna; en el *cuarto* los nietos y nietas de hermanos y hermanas, hijos é hijas de tío paterno, hijos é hijas de hermana de madre, los hijos é hijas de hermanos, el hermano y la hermana de abuelo paterno, hermano y hermana de abuelo materno; en el *quinto* los biznietos y biznietas de hermano y hermana, los hijos é hijas de primos y primas, de sobrinos y sobrinas; los nietos y nietas de hermana de madre, los hijos é hijas de hermano y hermana de abuelo paterno, de hermano y de hermana de abuelo materno, el hermano y la hermana de bisabuelo paterno, hermano y hermana de bisabuelo materno; en el *sexto* los terceros nietos de hermanos y hermanas, los nietos y nietas de primos y primas, de sobrinos y sobrinas, de hijos é hijas de hermana de madre, los nietos y nietas de hermano y de hermana de abuelo paterno, de hermano y hermana de abuelo materno, los hijos é hijas de hermano y de hermana de bisabuelo paterno, de hermano y de hermana de bisabuelo materno, el hermano y la hermana del tercer abuelo paterno, y el hermano y hermana del tercer abuelo mater-

(*) También estas cognaciones carecen de nombres propios. Véase á Glauto, *peonul. V. 2. Paul., l. 10. §. 14. ff. de grad.* Algunas le tienen, v. g. los hijos ó hijas de hermano ó hermana, que llamamos sobrinos. V. Casaub. ad Spartian. Adrian. II.

no. Los demas grados carecen en latin de nombres propios, §. 7. *Inst. h. t. Paul. recept. sent. IV. 11. 1. sig.*

IV. Y como todo esto no es fácil de entenderse, solian los antiguos jurisconsultos ponerlo á la vista en una lámina, segun hizo Justiniano en sus instituciones, y Teófilo en su paráfrasis; cuyas dos láminas se perdieron, bien que todavía nos quedan muchas de esta clase antiguas. Tres muy elegantes dió Isidoro de Sevilla, *Orig. IX. 7. p. 1059. sequ. edit. Dionys. Gothofr.*; la primera de las cuales presenta la imájen de una escala, la segunda de un árbol, y la tercera la de una rueda. Otras de este jénero tuvo en su escritorio Cujacio, y publicó una en la edicion del código Teodosiano, *Lib. VI. obs. cap. XL. p. m. 268*; la cual, no obstante que solo comprende los agnados, parece digna de ponerse aqui á la vista, para que asi pueda entenderse mejor el antiguo modo de delinear los grados de agnacion.

TITULO VII.

Tanto Vinio como casi todos los demas comentarista, notan que en los mas de los manuscritos y en la paráfrasis griega no tiene este lugar ninguna inscripcion nueva, y que está unido al título anterior. Nosotros prescindiendo de esto esplicaremos algunas cosas que pueden hacer relacion á las Antigüedades.

I. Antiguamente ninguna cognacion se conocia entre los siervos en materia de sucesiones. Porque aunque para contraer nupcias se tenia en consideracion por derecho antiguo la cognacion ser-

vil, y era impedimento para dichas nupcias, si por ejemplo, habian sido manumitidos el padre y la hija, el hermano y la hermana, §. 10. *Inst. de nupt. l. 14. §. 2. 3. ff. de ritu nupt.*; á pesar de esto en las sucesiones se prescindia de esta natural cognacion de los siervos, *l. ult. §. 5. ff. de grad. et affinit.*

II. Ni esto debe entenderse solo de los siervos aun no manumitidos, que ni podian tener sucesor ni suceder á otro, *l. 4. C. comm. de succes.*, sino tambien de los libertinos. Porque tambien á la muerte de estos tan solo eran llamados á la sucesion los herederos suyos, y no los agnados ni cognados. A falta de herederos suyos eran próximos herederos los patronos, acerca de los cuales establecia la ley de las XII tablas que: *cuando un liberto muere sin testamento y sin herederos suyos, si vive su patrono ó sus hijos, los bienes del liberto pasen á la familia de dicho patrono.* Jac. Godofr. *L. XII. Tab. Tab. V.*; de cuya ley hablaremos en el titulo siguiente.

III. Como esto pareciese inhumano al humanísimo emperador Justiniano, corrigió aquel antiguo derecho por una constitucion suya, y quiso que si alguno constituido en condicion servil tuviese un hijo ó hijos, bien fuese de mujer libre, bien de una sierva; ó por el contrario, una sierva tuviese de un hombre libre ó de un siervo hijos de cualquier sexo, y llegando estos á obtener la libertad, mereciesen esta los que habian salido de vientre servil, ó mientras eran libres las mujeres los hubiesen tenido en esclavitud, y despues hubiesen alcanzado libertad, que todos estos entren en la sucesion del padre ó de la madre, quedando

debilitado en esta parte el derecho de patronato. *Princ. Inst. h. t.*

IV. Ya no existe aquella constitucion de Justiniano, que desapareció con el primer código; mas no obstante presenta Cujacio un compendio de ella, espresando en latin en ciertos pergaminos, Obs. XX. 34, donde tambien hace mérito de una constitucion griega de las Basílicas, que cree ser la constitucion íntegra del emperador Justiniano. Y á la verdad, que haya sido escrita en griego, bien se conoce por el §. 3. *Inst. de success. libert.*

TITULO VIII.

De la sucesion de los libertos.

Entre los romanos era muy frecuente que los libertinos fuesen ricos; y por eso era muy importante fijar quien les sucederia en sus bienes. Y aunque todos los libertinos, segun hemos observado arriba, fuesen ciudadanos romanos, ya sin embargo por derecho antiguo era distinta la sucesion de los libertos de la de los injénuos, como se verá por lo que vamos á decir.

I. Al modo que á los injénuos sucedian en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los agnados, del mismo modo eran llamados á la sucesion de los libertos, en primer lugar los herederos suyos, y en segundo los patronos ó los hijos de estos. En el §. II. del título anterior manifestamos la misma ley decemviral. V. Ulp. Frag. XXVII. 1. y XXIX. 1. Los patronos en efecto, segun observa muy bien Arn. Vinio *ad pr. Inst.*

h. t., se consideraban entre los romanos con el mismo derecho que los agnados; lo cual observando tambien Justiniano en la constitucion griega, Cujac. *Obs. XX. parecen*, dice, *agnados de los libertos los que los manumitiéron*. Por lo cual los libertos tomaban los nombres de los patronos como hijos, segun Lactanc. *Div. Inst. IV. 3.* Asi fue que un liberto de Pompeyo se llamó Pompeyo Lineo, Plin. *Hist. nat. XXV. 5.*; otro de Ciceron Laureo Tulio, Plin. *Hist. nat. XXXI. 2.* y otro Tulio Tiron, de quien se hace frecuente mencion en las epístolas familiares (*). Y aun muchas veces los patronos dejaban legados á sus libertos, para que no dejasen su nombre. V. *legat. 94. ff. de legat. 3. l. 88. §. 6. de legat. 2. l. 108. ff. de condit. et demonstr.* Por esto no es de estrañar que en las sucesiones de los libertos tuviesen los patronos el mismo lugar que tenian los agnados en las herencias de los injénuos.

II. Por consiguiente al liberto no podia suceder el patrono, siempre que aquel tuviese herederos suyos, cuales eran los hijos, no tan solo naturales, sino tambien adoptivos, como asimismo

(*) Esto consta tambien por las mismas leyes romanas. Véase la l. 77. §. 15. ff. de legat. 2. l. 38. §. 2. y l. 94. ff. de leg. 3. Dion. Godofr. ad l. 108, ff. de cond. et demonstr. Carl. Sigon. de Nomin. Rom. p. 1418: quien observa tambien, fundado en Plinio y Quintiliano, que los libertos tomaban el nombre del patrono, los siervos el prenombre de su señor, llamándose, por ejemplo, Lucíporas, Marcíporas, Publiporas, como si dijéramos: Pueros Lucii, Marci, Publii. Por lo demas fuera de estos patronos los libertinos se elejían tambien otros, á cuya tutela se confiaban, llamándose por esta razon clientes suyos. Véase Casaub. ad Sueton. Jul. II.

la mujer que estaba bajo la potestad del marido. Pero faltando estos podía el liberto preterir al patrono en el testamento; mas si moria intestado eran llamados á la sucesion los patronos ó sus hijos, dividiendo la herencia por cabezas, y escluyendo los grados mas remotos. Por esta razon, si habia un patrono y un hijo de otro patrono, la herencia se devolvía solamente al patrono. Tampoco los nietos del patrono podian suceder si quedaba el hijo de otro patrono. Y así sucedia en los demas casos. Ulp. *ibid.* Paul. *Rec. Sent. III. 2. 1. sig. l. 23. §. 1. ff. de bon. libert.*

III. Pero despues esta libertad de testar pareció inícua á los pretores, quienes para que los patronos (*) no quedaran privados de las herencias de los libertos creyeron que debian mirar por ellos publicando un edicto. Por virtud de este, el liberto que moria dejando hecho testamento, no teniendo hijos suyos y naturales, tenia obligacion de dejar al patrono ó á sus hijos la mitad de los bienes. Si no habia dejado nada, ó habia dejado menos de la mitad, se daba al patrono, contra el testamento, la posesion de la mitad de los bienes (**). Ulp. *ibid.* Suet. *Neron. XXXII.* Dion Cas. *LI. p. 454.*

IV. Si el liberto habia muerto intestado, dejando heredero suyo, pero tan solo adoptivo ó

(*) Todo este beneficio perteneció á los patronos, mas no así á las patronas, siendo así que las leyes de las XII tablas no habian hecho ninguna distincion entre unos y otras. Ulp. *XXIX. 4 y 5.*

(**) No se daba esta posesion de los bienes, á no ser que estuviese dada la herencia, ó pedida la posesion de los bienes, lo cual sucedia de otro modo en la *bonorum*.

mujer que estaba bajo su potestad, se daba tambien al patrono contra estos herederos suyos la bonorum-posesion de la mitad. Ulp. l. c. Solo pues excluian al patrono los hijos naturales, ya suyos, ya emancipados, ya dados en adopcion, con tal que hubiesen sido escritos herederos en alguna porcion, ó hubiese pedido la posesion de los bienes contra el testamento. De otra manera se consideraban como desheredados, y por tanto no podian escluir al patrono, §. 1. *Inst. h. t.*

V. Pero todas estas disposiciones del edicto del pretor eran solamente relativas á los bienes de los libertos. *En los bienes de la liberta*, dice Ulpiano, *no da el edicto al patrono ningun derecho*. Fragm. XXIX. 2. Lo cual no debe entenderse como si el pretor no hubiese querido socorrer á los patronos, sino porque en este punto no habia necesidad del beneficio del pretor. En efecto, las libertas no tenian ningunos herederos suyos que escluyesen á los patronos. Y como estos eran los tutores legitimos de ellas, se seguia que no podian testar ni casarse sin su autoridad. Ulp. Frag. XI. 27. Y asi muriendo ellas intestadas, siempre pertenecia la herencia á los patronos, ni sucedia que estos quedasen escludidos de los bienes de las libertas.

VI. Mas por la ley Papia Popea, que propuso varios premios á la fecundidad, tambien á las libertas se concedió en cierto modo la facultad de escluir á los patronos de la herencia. Esta ley efec-

posesion que se daba á los hijos contra el testamento. Mas latamente explica esto Ant. Faber. Error. pragm. de cad. L. err. 7. n. 6. sig.

tivamente libró de la tutela á las libertas que tuviesen cuatro hijos, Ulp. Frag. XXIX. 3., ó alcanzasen por beneficio del príncipe este derecho de los cuatro hijos, de lo cual hay un ejemplo en Sueton. Claud. XIX., y en Grut. *Inscr. p. DCXXXI. 2*, donde se hacen mencion de Cornelia Zosima, *que tenia por beneficio del César el derecho de cuatro hijos*. Era pues consiguiente que estas libertas pudiesen testar libremente sin la autoridad de los patronos, y que escluyesen á estos de la herencia. No obstante, para que así no quedasen defraudados los patronos, se estableció en dicha ley, que en proporcion al número de hijos que quedasen de la liberta, se debiese al patrono una porcion viril. Ulp. *ibid. V. nostr. Comment. ad l. Jul. et Pap. Popp. II. 11. p. 242.*

VII. Por la misma ley se establecieron algunas disposiciones sobre los bienes de los libertos, de cuyas disposiciones habla Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* En efecto se estableció que de los bienes de aquel liberto que habia dejado un patrimonio de novecientos sestercios, y menos de tres hijos (bien hubiese muerto con testamento ó sin él) se debiese una porcion viril al patrono ó á sus hijos varones; pero que si tuviesen tres hijos, no tuviese el patrono ningun derecho en la herencia. Pero si no reuniese cien sestercios, tuviese el liberto libre facultad de testar, y si el liberto no tuviese hijos, sucediesen abintestato por derecho antiguo los patronos ó sus hijos varones; mas si muriese dejando hijos, no tuviese el patrono ningun derecho en sus bienes. En efecto, esta suma para la opulencia del tiempo de Augusto, sin duda parecia pequeña para que las leyes la tuviesen

en consideracion, Perizon *Dissert. de lege Vocon. p. 171*, V. Jac. Godofr. *ad leg. Pap. Popp. XXV. p. 296*, y nuestr. *Comment. II. 22. p. 350. sig.*

VIII. Finalmente, como el beneficio del pretor, que hemos descrito en los §§. III y IV., pertenecía á solos los patronos, y no á las patronas, la misma ley Papia Popea, dió á las patronas injénuas que tuviesen dos hijos, y á las libertinas que tuviesen tres, el derecho que el patrono tenia por el edicto, á saber; que pudiesen pedir la posesion de bienes contra testamento del liberto, y en caso de no haberse dejado testamento, contra los herederos no naturales. Ulp. *Frag. XXIX. 5, 6.* Véase nuest. *Comment. ad leg. Jul. et Pap. Poppaeam. §§. 22. p. 357.* La misma ley Papia concedió á los hijos de la patrona injénua honrada con el derecho de tres hijos, el mismo derecho que habia dado á la patrona. Ulp. *ibid. n. 7. Comm. nostr. §§. 22. p. 358.*

IX. Empero todas estas leyes no hablan mas que de los libertos que eran ciudadanos romanos. Porque en el tiempo que se formaron las XII tablas, asi como la república era libre, todos los libertinos aspiraban á ser ciudadanos romanos. Despues en el reinado de Augusto, que fue quando se promulgó la ley Papia Popea, algunos libertinos empezaron á ser de condicion dediticia, al modo que en tiempo de Tiberio tuvieron principio los Junianos latinos; pero ni los latinos ni los dediticios tenian el derecho de testamentifaccion, *l. 1. ff. de suis et legit. haered.*, reteniendo sus bienes, como peculios de siervo, los mismos manumisores, §. 4. *Inst. h. t.* Por fin el senadocon-

sulto Larjiano (*) estableció que los hijos del manumisor, no exheredados nominalmente, fuesen preferidos en los bienes de los latinos á los herederos estraños, *l. unic. cod. de lat. lib. toll.* Y aun mandó por un edicto el emperador D. Trajano que los libertos latinos que contra la voluntad del patrono, ó sin saberlo este, obtuviesen por derecho del príncipe los derechos de ciudad, fuesen durante su vida considerados como ciudadanos romanos; pero que sin embargo muriesen en la clase de latinos, §. 4. *Inst. h. t. L. unic. princ. y §. ult. C. de lat. lib. toll.* Por lo cual era muy dura en esto la condicion de los latinos y dediticios; ni podia en ningun caso el patrono ser privado de la herencia de esta clase de libertos.

X. Pero Justiniano en este punto ni rastro ni reliquia dejó del derecho antiguo; porque en la constitucion que hemos citado en el título anterior, §. IV., y que existe en las Basílicas, *tom. XI. p. 595.*, mandó que si un liberto ó liberta tuviesen el valor de menos que de cien aureos (**),

(*) Este senadoconsulto parece haber sido hecho en el año de la fundacion de Roma 794, en el consulado de Ti. Claudio, de Druso y Cecina Largo. Y el que se haya llamado Larjiano y no Claudiano este senadoconsulto debe consistir en que Claudiano César tan solo desempeñó el consulado durante dos meses, y á su colega Largo prorogó la majistratura por el año, segun Dion Casto LX. p. 671.

(**) En lugar de los mil sestercios señalados en la ley Papia Popea sustituyó Justiniano un aureo, y esto lo hizo como intérprete. (Véase el §. 3. *Inst. h. t.*) Pero esta interpretacion está en eutera oposicion con la historia; porque el aureo, segun era en tiempo del emperador, apenas correspondia á cien sestercios. Y á la verdad,

no tuviese el patrono ningun lugar en su sucesion, con tal que hubiese hecho testamento. Pero si falleciesen intestados sin dejar hijos, permaneciese íntegro el derecho de patronato de la ley de las XII tablas. Que en los bienes de los que reuniesen mas de cien aureos, si tuviesen hijos herederos ó bonorum-poseedores, no compitiese al patrono ningun derecho; pero si muriesen intestados y sin hijos, fuesen llamados á toda la herencia los patronos ó patronas; mas si haciendo testamento preteriesen á los patronos ó patronas; consiguiesen estos por medio de la bonorum-posesion la tercera parte de los bienes (no la mitad como antes), de manera que tuviesen esta porcion sin carga alguna, y ni aun fuesen obligados á pagar los legados ni fideicomisos á los hijos de liberto ó liberta. Además aquel derecho de suceder en los bienes de los libertos, lo estendió tambien Justiniano á los collaterales y cognados de los patronos hasta el quinto grado, §. 3. *Inst. h. t.* Finalmente, suprimiendo la condicion de los latinos y dediticios, concedió indistintamente á todos los libertinos la facultad de hacer testamento, *l. un. C. de Lat. lib. toll. y l. un. C. de ded. lib. toll.*; y por tanto quitó á los patronos ó todo su derecho, ó por lo menos una

aún en tiempo de Ulpiano tan solo diez sestercios componian cien aureos. Por eso el honorario de los abogados se encuentra fijado en diez sestercios en Tácito, *Ann. XI* 7.; en cien aureos en Ulp. *l. 1. §. 12. ff. de extraord. cognit.* Véase Gronov. *de pecun. ret. I.* 5. Pero muchas veces en las pandectas, de novecientos sestercios saca Triboniano cien aureos. V. Cujacio *Obs. XIX* y 31. *ad l. 10. ff. de dolo malo.*

parte considerable de la herencia que en virtud de las leyes antiguas podian esperar.

TITULO IX.

De la asignacion de los libertos.

La asignacion de los libertos era como una escepcion de las leyes acerca de la sucesion de los libertos, porque lo que se dijo en jeneral en el título anterior, de que los hijos del patrono, muerto el padre, sucedian por iguales porciones en los bienes de los libertos, se debe entender con esta escepcion; es decir, que el patrono no hubiese asignado á uno de los hijos el liberto. Cual haya sido esta asignacion, vamos á esplicarlo en este título.

I. Por derecho antiguo eran bastante pingües los derechos de patronato; porque ademas de la esperanza de sucesion, unida con este derecho, de lo cual hemos tratado en el título precedente, se debian al patrono ciertos trabajos, donativos y atenciones. Véase Jacobo Oisel, *ad Caii Inst. II. 9. 4. p. m.* 156. Y aun el liberto, no menos que su hijo, estaba obligado á alimentar al patrono, segun sus facultades, si este cayese en pobreza. *Paul. Rec. Sent. II. 32. 1. l. 5. §. 18. y l. ult. ff. de agnosc. et alend. lib.* Por lo cual los libertos ricos venian á ser como una parte del patrimonio, y en consideracion á las leyes, se creia rico aquel que tenia muchos libertos ricos.

II. Al modo pues que los padres solian dar á los hijos cierta porcion de bienes, asi tambien podian asignar á los mismos los libertos. Asignar

pues un liberto era testificar de quien de los hijos queria el padre que fuese el liberto; *l. 107. ff. de verb. signif.* Esta asignacion no solo se hacia en testamento y en codicilos, sino tambien por via de contrato ó donacion entre vivos ó por causa de muerte, en cualesquiera palabras que fuese, en carta, en escritura puramente, bajo condicion, y aun con el solo consentimiento, *l. 1. §. 3., y l. 7. ff. de asign. lib.* Dábase no obstante esta facultad de asignar tan solo al que tenia dos ó mas hijos en su potestad, *§. 2. Inst. h. t.* Y si aquel á quien habia sido asignado el liberto hubiese sido emancipado, se desvanecia ó pedia la asignacion, *l. 1. fin. ff. eod. §. 2. Inst. h. t.* A lo cual no se opone la *l. 9. ff. h. t.*, en la cual dice Modestino, que tambien á un emancipado se puede asignar un liberto. En efecto, el padre puede, si quiere, asignar en favor de un hijo emancipado; pero si lo asignare en favor de uno que estuviere en su potestad, y despues lo emancipase, se considera que ha mudado de parecer. Meril., Obs. VII. 3.

III. Sobre esta asignacion de los libertos salió el senadoconsulto Claudiano en el año de Roma 799, siendo cons. subs. (*) Veleyo Rufo y P. Ostorio Scapula, cuyas idénticas palabras nos conser-

(*) En el §. 3. *Inst. h. t.* estos cónsules son llamados Sabelio Rufo y Osterio Escapula; en la *l. 1. pr. ff. eod.* Veleyo Rufo y Asterio Escapula, como tambien se lee en Hub. Golcio, *Fast. p. 239* Pigh. cree haber restituido los nombres jenuinos, *Ann. lib. XVIII, p. 576. tom. III.*, donde á uno le llama P. Servilio Rufo, y al otro P. Ostorio Escapula. Pero Binkersh. *Ost. III. 7. p. 22.*, enseña que muchas veces se confunden los nombres de Asterio, Hasterio, Osterio, Austerio y Austero.

vó Ulpiano en la *l. 1. pr. ff. h. t.* »Si alguno que
 »tuviere bajo su potestad dos ó mas hijos , nacidos
 »de lejítimas nupcias , señalase respecto de un li-
 »beto ó liberta suya , á quien de sus hijos quiere
 »que pertenezca dicho libeto ó liberta; este hijo
 »ó hija , en caso de que el que manumitió á aquel
 »ó á aquella entre vivos ó por testamento , dejase
 »de estar en goce de los derechos de ciudad , será
 »el único patrono ó única patrona , como si el li-
 »beto ó liberta hubiese conseguido de él ó de ella
 »la libertad. Y si alguno de los hijos dejase de te-
 »ner los derechos de ciudad y no tuviese ningunos
 »hijos , consérvense á los demas hijos del que ma-
 »numitió , todos los derechos , como si este padre
 »nada hubiese significado acerca de aquel libeto ó
 »de aqualla liberta.”

IV. Segun este senadoconsulto , pues , cual-
 quiera podia á su arbitrio asignar un libeto á
 uno de sus hijos constituidos bajo su potestad; he-
 cho lo cual , ya no eran llamados á la sucesion
 todos los hijos del patrono , sino aquel á quien se
 le habia asignado el libeto. Cuyo derecho queda
 salvo á aquel á quien el libeto habia sido asigna-
 do , aun cuando el patrono hubiese sufrido la me-
 dia capitis-diminucion. Pero capite-minuido asi
 aquel en cuyo favor se habia hecho la asignacion,
 quedaban salvos los derechos de patronato á los
 demas hijos , de la misma manera que si el patro-
 no nada hubiese significado sobre la asignacion del
 libeto. Vic. Gravina, *de leg. et. senatusconsulto*
LXXXII. p. 652. Arn. Vinio *Comment. ad Inst.*
h. t.

TITULO X.

De las posesiones de bienes.

Hemos dicho arriba en el *lib. I. tit. II. §. 24.*, que los pretores habian tratado principalmente de alterar con sus edictos la ley bajo pretextos de equidad, y que á este fin habian introducido nuevos vocablos. De esto presentaremos un ejemplo en este título; porque muchas veces cuando las leyes negaban la herencia, daban los pretores la posesion de bienes, no obstante que entre estas espresiones habia poca diferencia en cuanto al efecto.

I. Como en este punto los pretores jugaban con las voces, habremos de anticipar alguna explicacion acerca de la voz pretoria de que tratamos. Debe pues notarse que las mas de las veces se diferenciaba la espresion *bonorum possessio* de esta otra, *possessio bonorum*. Aquella denota la herencia pretoria, esta significa aquella posesion que se concedia á los acreedores, legatarios y otros (*). Brison. *de verb. signif. p. m.* 4. No observaron con todo esta diferencia Macer. *l. 4. §. ult. ff. de ofic. ejus cui mand. jurisd.*, ni Paulo, *l. 35. pr. ff. de oblig. et action.* Llamábase tambien esta herencia pretoria absolutamente posesion; por lo cual Ulpiano intitula *de possessionibus dandis* el título XXVIII de sus *Fragmentos*. Respecto cuya rúbrica observa Schultinjio, p. 671,

(*) Ambos vocablos están exactamente distinguidos por el emperador en el §. 4. *Inst. h. t.*

que en el nombre posesion no se suele tomar simplemente en este sentido; pero denotan lo contrario la *l. 12. ff. de Carbon. edict.*, y la *l. 77. §. 31. ff. de legat. 2.* Que algunas veces se leia tambien entre los antiguos *haereditatis possessio*, esto ya lo observó Cujacio en la Obs. IV. 16.

II. Segun Ulpiano, *l. 3. §. 2. ff. de bon poss.*, la bonorum-posesion, ó posesion de bienes, es el derecho de reclamar ó retener la posesion del patrimonio ó cosa que fue de cada uno cuando se muere. Mas como esta definicion sea un poco oscura; mejor será decir que es una herencia adjudicada por edicto y arbitrio del pretor (*), á ciertas personas inhábiles por el derecho civil.

III. Por lo demas hay varias clases de posesiones de bienes. Unas son *ordinarias*, introducidas por el pretor, *l. 3. §. ult. de Carbon. edict.*: otras *extraordinarias*, que dimanar de las leyes, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, ó del derecho nuevo, *§. 3. Inst. h. t.* Sobre las

(*) El que hubiese estado en las facultades del pretor el dar ó negar la posesion de bienes, lo demuestran bastante algunos ejemplos, en los cuales el pretor negó dicha posesion de bienes á ciertas personas, á quienes sin embargo no habia esceptuado en su edicto. En efecto Q. Metelo, pretor, rehusaba dar á un tal Vecilio, alcabucte, la posesion de los bienes de Juvencio, segun el testamento, tan solo porque era alcabucte. *Val. Max. VII. 7. 7.* A veces no obstante intercedian tambien los cónsules. Asi es que habiendo Genucio impetrado de Cn. Oreste, pretor, una posesion de bienes, segun testamento, el cónsul Mamercio Emilio Lépidio no dudó abrogar la jurisdiccion pretoria, no por otra causa que porque Genucio, que tenia amputadas las partes jenitales, no era varon ni mujer. *Val. Max. VI. 7. 6.*

posiciones de bienes estraordinarias que han derivado de las constituciones de los príncipes, se ha de consultar á Cujacio, Obs. XI. 14. Las ordinarias, ó eran *edictales*; es decir, aquellas en que no habia necesidad de conocimiento de causa, l. 30. §. 1. ff. de *adquir. haered.*, l. 1. §. 4. ff. si *tabulae test. nullae exstab.*; ó *decretales*, que necesitaban conocimiento (*) y decreto, l. 1. §. 7. ff. de *success. edit.*, l. 2. §. 1. ff. *quis ordo in possess. servetur.*, l. 2. §. 11. ff. *ad senatusconsultum Tertull. et Orphit.* Una y otra se daban ó por testamento ó abintestato. Si era por testamento, entonces ó se daba contra el testamento (*contra tabulas ó contra lignum*), ó segun el testamento, *pr. Inst. h. t.*; ó si el testamento se habia hecho abierto, competia la posesion de bienes, segun la nuncupacion, ó contra ella, l. ult. C. de *bonor. poss. secund. tab.* l. 1. C. de *bon. poss. contra tab.* Abintestato se daba ó á los que tenian derecho lejítimo, ó á los que no lo tenian por capitis-diminucion. Finalmente, la posesion de bienes ó se daba con la cosa ó sin la cosa. *Con la cosa*, si el que habia recibido retenia con efecto los bienes; *sin la cosa*, cuando otro por derecho civil podia lograr la herencia. Si, por ejemplo, habiendo un heredero suyo abintestato, se daba á otro la posesion de los bienes, esta posesion era

(*) A la verdad las posesiones de bienes unas se pedian de plano y otras en el tribunal, l. 2. §. 1. ff. *quis ordo in bon. possess.* Pero las que exijian decreto no podian darse de otro modo que en el tribunal; porque el decreto no podia interponerse de plano, ni el conocimiento de causa se hacia sino en el tribunal, l. 3. §. si *causa* 8. ff. de *bon. possess.*

sine re, sin la cosa, por cuanto al heredero suyo tocaba lograr la herencia por derecho lejítimo. Ulp. Frag. XXVIII. 13. XXIII. 6.

IV. Por lo que toca á las posesiones de bienes que se derivan de testamento, estas, segun dejo dicho, ó se daban *segun testamento*, ó *contra testamento*. La posesion de bienes contra testamento era la primera de todas de que habia dado disposiciones el pretor en su edicto; por lo cual siempre que se daba contra testamento la posesion de bienes, se decia que se daba *por la primera parte ó por el primer edicto*, l. 4. l. 12. ff. de edict. Carbon. y l. 2. ff. de bon. liber. Cuyo órden recomienda muchas veces por su equidad Ulp. l. 2. pr. ff. de bon poss. sec. tab.

V. Esta posesion de bienes se daba á los hijos emancipados preteridos por el padre en el testamento, no á los suyos, pues estos siendo preteridos hacen nulo el testamento, l. 1. ff. de injust. rupt. irr. fact. test; á no ser que prefieran usar de este remedio que les compete por derecho nuevo, l. 2. C. de bon possess. contra tab. Propiamente, sin embargo, esta posesion de bienes, segun dije, solo pertenece á los emancipados; porque aun cuando á estos no se les debe herencia lejítima, el pretor no obstante, siguiendo la equidad natural, llamaba tambien á estos á la posesion de bienes, l. 1. §. ult. ff. quis ordo in bon. possess. En la misma parte del edicto llamaba á los adoptivos; pero no á los dados en adopcion, Ulp. Fragm. XXXVIII. 3.; porque á estos, por cuanto habian pasado á otra familia y hogar, no los ayudaba el pretor, sino en el caso de que ellos hubiesen sido instituidos herederos por el padre

natural, y otros hijos preteridos. Entonces, pidiendo estos la posesion de bienes, eran aquellos admitidos al mismo tiempo, *l. 8. §. 11. ff. de bon. possess. contr. tab. l. 1. §. 12. ff. de ventr. in poss. mittend.* Por otra parte nada importaba el que los emancipados fuesen naturales o adoptivos, ó naturales, ó póstumos, ó de primero ó de ulteriores grados, *l. 1. pr. l. 3. pr. §. 1. y sig. ff. de bon. possess. contra tab.* Por lo demas los emancipados, en habiendo alcanzado contra testamento la posesion de bienes, debian dar una caucion á sus hermanos que habian quedado bajo potestad, de qué presentarian los bienes que habian tenido á la muerte del padre. *Paul. Recept. Sent. V. 9. 4. Ulp. Frag. XXV. 4.*

VI. *Segun testamento* se daba la posesion de bienes á aquellos á quienes, aunque nombrados herederos, obtaba alguna sutileza del derecho civil. Y si no hubiese ó no pidiese ninguna de aquellas personas, á las cuales competia la posesion de bienes contra testamento (*), el pretor admitia á los herederos nombrados, con tal que el testamento estuviese signado con las firmas de no menos que siete testigos ciudadanos romanos. *Ulp. Fragm. XXVII. 6.*; porque era la única solemnidad que requeria en los testamentos el pretor. Por lo cual dice Verres en su edicto, *Cic. Verr. §. 45.* »Si se duda acerca de la herencia, y se me presentaren las tablas de un testamento con un nú-

(*) El pretor no podia quitar su derecho á ningun heredero lejítimo. Por lo cual esta posesion de bienes segun testamento no siempre se daba *cum re*, obstando el derecho civil. *Ulp. Fragm. XXIII. 6.*

»mero de firmas no menor que el fijado por las »leyes, daré principalmente la herencia segun las »tablas del testamento." Por cuyo pasaje conocemos tambien que esta posesion de bienes es bastante antigua, especialmente observando sobre este lugar Ciceron, que dicho edicto era *traslaticio*.

VII. La posesion de bienes *abintestato* se daba no habiendo testamento por ocho grados (*). El primero se llamó *Unde liberi*, y esta posesion de bienes se daba á los hijos no solo emancipados y adoptivos, sino tambien á los suyos, á quienes llamaba por confirmar el derecho civil; pero no á los dados en adopcion. Ulp. Fragm. XXVIII. 8. El segundo, *Unde legitimi*: y en esta parte del edicto llamaba el pretor á la posesion de bienes á aquel á quien *corresponderia ser heredero del difunto, si este hubiese muerto intestado* (**). Tales eran los agnados á quienes se debia la herencia, segun la ley de las XII tablas, y tambien todos los demas á quienes hacia herederos otra ley ó senado-consulto, l. 2. §. 4. l. 3. ff. *unde legit*. A estos tambien se agregaba segun el derecho antiguo el manumisor extraño; porque si uno que fuese á emancipar un hijo, lo mancipase tres veces á un extraño por medio de la venta imaginaria, y este extraño manumitiese al mismo, sin que el padre

(*) Ulpiano en el *Frag. XXVIII. 7.*, tan solo cuenta siete grados, omitiendo el grado séptimo.

(**) Estas son las propias palabras del edicto que conservó Juliano en la l. 1. y 4. ff. *unde legitime*, por lo cual esta posesion de bienes se llama tambien *tum quem haeredem*, por ser estas las palabras iniciales, l. un. §. ult. ff. *ut ex legib*.

natural hubiese interpuesto el pacto de fiducia sobre la remancipacion, el estraño adquiria para sí el derecho de patronato, y por tanto estaba en lugar de agnado. Véase arriba el *lib. I. tit. XII. §. 9.* y *lib. III. tit. XIII. §. 1.* Sin embargo, á este manumisor estraño preferia el pretor diez personas, y este es el orijen del tercer grado, *Unde decem personae*. Tales eran el padre, la madre, el abuelo, la abuela, tanto paternos como maternos; el hijo, la hija, el nieto, la nieta, asi por parte de hijo como de hija; el hermano ó la hermana, consanguíneos ó uterinos, *§. 1. Inst. h. t.* Ulp. segun el aut. de la *Collat. Leg. Mos. et Rom. XVI. 9.* (*). Y de este capítulo dimanó la posesion de bienes de que hace mencion Valer. Max. VII. 7. 5. El cuarto grado era *Unde cognati*; porque aunque no llamasen á estos las leyes de las XII tablas, *l. 1. pr. ff. unde cogn.*, el pretor llamaba á sus allegados, y aun agregaba á estos los agnados capite-minuidos, Ulp. Frag. XXVIII. 9. Por el quinto *Tamquam ex familia* (**), eran

(*) En los fragmentos de Ulpiano está omitido el grado de la posesion de bienes *Unde decem personae*, acaso porque entonces la emancipacion se hacia interponiéndose el pacto de fiducia, no siendo por esta razon de no mucho uso este edicto. Pero en las Pandectas se guarda un alto silencio sobre esta posesion de bienes, por cuanto se habia desvanecido en virtud de la constitucion de Justiniano, de que se habla en el *§. 1. Inst. h. t.*

(**) O mas bien *Tum quem ex familia*; porque todos estos jéneros de posesion de bienes tomaron el nombre de las palabras iniciales de los capítulos del edicto. Cujac. *ad Ulp. Frag. XXVIII. 7.* Jan. á Costa *ad §. 2. Inst. h. t.* y *§. Inst. quib. mod. tut. fin.*

llamados los agnados de los patronos, á quienes por otra parte, segun las leyes de las XII tablas no se debia la sucesion en los bienes de los libertos, Ulp. Frag. XXVIII. 7. El sexto se titulaba *Pro patrono*; porque aunque hasta entonces pareciese haberse mirado bastante por los patronos y sus hijos constituidos bajo su potestad, sin embargo creyó el pretor que debia llamarlos, si acaso por el tiempo ó por repudiacion sucedia que no pudiesen presentarse apoyados por alguna de las precedentes partes del edicto. Y aun por esta parte del edicto eran tambien llamados los hijos de los patronos, emancipados y dados en adopcion, é igualmente los padres de los patronos, con los cuales no se habia tenido cuenta en el derecho civil. Véase *Teof.* al §. 1. *Inst. h. t.* Schulting. *Jurispr. vel Antejust.* p. 673. Por lo cual no tenian porque admirarse Fr. Hotomano, Bacovio Arn. Vinio y otros varones doctísimos, de que en el edicto del pretor se llamase tantas veces á los patronos á la posesion de los bienes. El séptimo grado es *Unde vir et uxor*; pues aunque antiguamente no tuviesen los cónyuges necesidad del beneficio del pretor, haciéndose como se hacian las nupcias por confarreacion, ó por coempcion, ó por uso, por cuanto entonces el marido tomaba todos los bienes de la mujer con el nombre de dote, y la mujer era respecto del marido heredera suya. (Véase arriba el *lib. I. tit. X. §. 6. 7.*); no obstante era grande su uso desde que empezaron á ser mas raros aquellos ritos de las nupcias. Por lo demas en virtud de este edicto el marido sucedia á la mujer intestada, y la mujer al marido intestado, si no habia nadie que por los

grados anteriores fuese llamado á la posesion de los bienes. Teof. *ad* §. 1. *Inst. h. t.* Finalmente, en octavo lugar eran llamados los *cognados del manumisor*; pues el que fuesen llamados á los bienes del hijo emancipado el padre manumisor y sus agnados y cognados, é igualmente el patrono del patrono, aun cuando fuese este mismo libertino, lo manifiesta el emperador en las tantas veces citada constitucion sobre la sucesion de los libertos, que existe en las Basílicas, *tom. IV. p. 595.*

VIII. Hasta aqui se estudia el beneficio del pretor. Si no habia nadie á quien perteneciese la posesion de bienes, ó si aunque hubiese alguno omitia usar de su derecho, ó no podia sacar fruto de él, ó se moria antes de abrirse el testamento, todos los bienes como caducos, cuasi caducos, erepticios y vacantes se adjudicaban al pueblo por la ley Papia Popea, y por tanto sucedia el erario. Ulp. Frag. XXXVIII. 7. *l. 21. l. 13. pr. y l. 15. §. 15. §. 3. ff. de jure fisci.* Despues esta clase de bienes no era ocupada en parte por el pueblo, sino por el fisco, especialmente en tiempo de Adriano, *l. 20. §. 6. ff. de haered. petit.* Tacit. *Annal. III. 28.* Finalmente, Antonio Basiano Caracalla (*) vindicó para el fisco todos los bienes caducos. Ulp. Frag. XVII. 2.

IX. Habiendo el pretor introducido muchos grados de sucesion, y dispuéstolos por órden, y

(*) Despues de Ezech. Spanhemio, demostró claramente Schultingio, *jurisp. vet. Antepust, p. 617*, que siempre que Ulpiano habla absolutamente del emperador, lo dice las mas de las veces por Ant. Caracalla.

como en cada especie de sucesion hubiese frecuentemente muchas personas de desiguales grados; para que no se difiriesen las acciones de los acreedores, y á fin de que tuviesen contra quien reclamar, y que no fuesen puestos fácilmente en la posesion de los bienes del difunto, habia señalado cierto tiempo determinado para pedir la posesion de los bienes, á saber; para los padres y los hijos un año, y para los demas cien dias útiles. Ulp. Frag. XXVIII. 10. §. 4. 6. *Inst. h. t.* Si los dias en que el padre habia sabido corresponderle la posesion de bienes, caian tambien para el hijo, lo disputan Cujacio, *Observ. XIV.* 8. y Meril. V. 2. Si no se pedia dentro de estos dias, era admitido á la posesion de bienes el siguiente grado como si no existiesen los anteriores, §. 5. *Inst. h. t.* Ulp. *ibid.* §. 11. Todo lo cual dimanaba del edicto sucesorio, del cual existe un título en las Pandectas.

X. Por lo demas la antigua peticion ó reconocimiento de la posesion de bienes era solemne, segun se infiere de la *l. 1. C. comm. de success.*; y por tanto debia hacerse con ciertas palabras y fórmulas determinadas, que hoy apenas consta cuales hayan sido, ni pudo restituir Brisonio. Ni ante cualquiera magistrado podia pedirse la posesion de bienes, sino tan solo en Roma ante el pretor, y en la provincia ante el presidente, *l. 2. §. 1. sig. ff. quis ordo in bon. possess.* Pero estas fórmulas, igualmente que la necesidad de recurrir al pretor ó al presidente, fueron suprimidas por los emperadores siguientes, §. *últ. Inst. h. t.*, y especialmente por Constantino, quien escluyendo las vanas sutilezas de palabras concedió que se

podiese recurrir á cualquier juez ó magistrado, aunque fuese municipal, y que ante él se pidiese la posesion de bienes, interponiéndose cualquier disposicion testamentaria, *l. últ. C. qui admitt. ad. bon. possess.*

XI. Al modo que de los herederos pretorios se decia que *pedian y demandaban* la posesion de bienes, asi tambien la *daba* el pretor, y entonces se decia que la posesion de bienes *se recibia* ó *admitia*. Al darla usaba el pretor de esta fórmula: *Doy la posesion de bienes*. Pero si la daba interponiendo un decreto, decia: *Mando ir á los bienes*. (entrar en su posesion). Val. Max. VII. 7. Otra era la razon de la fórmula, *mando estar en la posesion*, que tenia lugar cuando el pretor enviaba á la posesion para conservar la cosa ó conservar los legados, ó porque el reo no pareciese, ó no se defendiese. Por tanto estas palabras solemnes mas bien parecen haber pertenecido á la llamada *possessio bonorum* que á la *bonorum possessio*. Bris. Form. V. p. 408.

XII. Este fue el derecho antiguo de la posesion de bienes; pero Justiniano varió mucho sobre el particular, segun su costumbre, pues de las posesiones de bienes abintestato quitó enteramente la tercera, quinta y octava especie. De las demas mandó hacer mencion en las Pandectas, habiéndolas despues inutilizado por haber introducido en virtud de la Nov. CXVIII. un nuevo método de sucesion abintestato. §. 2. 3. *Inst. h. t.*

TITULO XI.

De la adquisicion por abrogacion.

Varios son los modos de adquirir universales. Cayo, *Inst. II. 2. p.*, refiere á ellos la *herencia*, la *compra* (por la cual no entendemos con Contio el acto de caer la mujer bajo la potestad del marido, ni con Aleandro la compra de la herencia, sino la compra de los bienes del dendor, V. Jac. Visel. *ad Caii Inst. l. c. p. m. 92.* y la *abrogacion*. Pero Ant. Contio, *disp. jur. civ. I. 12.*, añade y con razon otros modos de adquirir, como la *posesion de bienes*, la *adicion de bienes para conservar las libertades*, y la que se hacia reduciendo una mujer libre á esclavitud por el *senadoconsulto Claudiano*. Habiendo pues tratado hasta aqui con bastante prolijidad el emperador de las *herencias y posesiones de bienes*, y quedando ya arriba suficientemente esplicada la *compra de bienes* que ya no se usaba en tiempo de Justiniano, ahora trataremos de las demas especies de adquisiciones que se hacen por una universalidad de bienes. En este título hablaremos de la *adquisicion por abrogacion*, en el siguiente XII de la *adicion de bienes que se hace por conservar la libertad*, y por fin en el título XIII. del *senadoconsulto Claudiano*.

I. Que cosa sea *abrogacion*, y con que ritos y solemnidades se debia hacer, ya lo esplicamos arriba en el *lib. I. tit. XI. §. 5. sig.*; donde tambien, §. 6. 7. y 18., se observó que el abrogado pasaba á otro hogar y familia, y que por lo mis-

mo el abrogador tenia bajo su potestad al abrogado. *Gel. Noc. Attic. V. 19.* Siendo así pues que la patria potestad abrazaba también el derecho de que todo lo que adquiriesen los hijos no lo adquirirían para sí, sino para el padre (*V. lib. I. tit. IX. §. 7.*), era consiguiente que el abrogador adquiriese todos los bienes y derechos del abrogado. Por lo cual se dice que por derecho tácito pasan al que abrogó todas las cosas que habían sido del abrogado, *l. 14. pr. ff. de adopt.* Con su cabeza; pues, ó estado se transferia también su fortuna á la familia y casa del abrogador, tanto que hasta las acciones y los nombres pasaban sin cesion, *§. 1. Inst. h. t.* No obstante, el hijo era quien por derecho estricto permanecia siendo deudor, y por esta razon el abrogador no podia ser directamente demandado por deudas del hijo, *§. ult. Inst. h. t. l. pen. C. ne ux. pro marit.*

II. Se exceptuaban no obstante aquellos derechos que solian destruirse por la capitis-diminucion. Tales eran las obligaciones de trabajos oficiales, el derecho de agnacion, el uso y el usufructo. Como todo esto se perdía por la capitis-diminucion, *l. 7. ff. de cap. demin. l. 1. ff. quibus mod. usufr. amittatur. Paul. recept. sent. III. 6. 39.*, y sufrían esta capitis diminucion todos los que se dejaban abrogar, no podía á la verdad pasar al abrogador con los demás derechos, *§. 1. Inst. h. t.*

III. Pero también esto lo quitó Justiniano, porque no concedió á los abrogadores la adquisicion de todos los bienes, sino tan solo el usufructo, conservando íntegro á los abrogados el dominio. Pero muerto el hijo abrogado, en la familia

adoptiva, quiso que tambien pasara al abrogador el dominio de sus cosas, á no ser que quedasen otras personas que por la constitucion antecediessen al padre en aquello que no pudiese adquirirse, §. 2. *Inst. h. t.* El mismo Justiniano estableció, y con muchísimo fundamento, que el abrogador fuese demandado por los contratos del hijo abrogado, y que si no quisiese defender á este, fuese permitido á los acreedores poseer los bienes del hijo, cuyo usufructo hubiera de tener el padre, §. *ult.*

TITULO XII.

De aquel á quien se adjudican los bienes por causa de libertad.

La adicion ó adjudicacion de bienes por causa de conservar las libertades es de tal naturaleza, que no puede entenderse sin el conocimiento de las Antigüedades. Pero las costumbres que los antiguos observaban en la venta de los bienes, y otras cosas á que se hace alusion en este título, quedan ya esplicadas en otros lugares á que se remitirá aqui al lector.

I. Sucedia muchas veces que alguno cargado de deudas hacia testamento instituyendo heredero á un extraño, y legando al mismo tiempo á ciertos siervos la libertad, ó dándosela en fideicomiso. Si el heredero no aceptaba y repudiaba la herencia por sospechar deudas ocultas, las libertades quedaban tambien sin efecto y se destruian, *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

II. Favoreciéndose empero mucho lo concer-

niente á la libertad, D. Marco, emperador, estableció por un rescripto á Pompilio Rufo, que los bienes que ya no se podian vender sin ignominiar al difunto, se diesen ó adjudicasen mas bien á algun siervo manumitido en el testamento (*), con la obligacion no obstante de que no solo habian de conseguir la libertad los siervos á quienes se habia dado, ya directamente, ya por fideicomiso, sino que tambien se habia de dar á los acreedores una caucion de pagar á cada uno *in solidum*. Y ni aun al fisco permitió el emperador que se adjudicasen los bienes de otra manera, que quedando salva la libertad á los que hubieran podido conseguirla aceptándose la herencia. Este rescripto de D. Marco existe íntegro en el §. 1. *Inst. h. t.* Sobre Pompilio Rufo, á quien dirigió el emperador el rescripto, disputan si fue siervo ú hombre libre. Teófilo piensa que fue siervo, *d. §. 1.*, donde le llama *uno de aquellos que habian conseguido la libertad por testamento*. Pero lo niega Arnolfo Vinnio, *ad d. §. 1.*, diciendo que estos nombres no convienen mejor á un siervo que los de Cayo Leyo, *l. 23. ff. de manumiss.* Pero á mí me parece que apenas debe dudarse que haya sido siervo, porque, quién hubiera movido á un extraño á permitir que se le adjudicase con tan duras condiciones la herencia de Virinio Valente, oprimida de deudas? El nombre de Pompilio Rufo no parece dado por D. Marco, sino por el emperador Justiniano, porque los libertinos solian tomar los

(*) Este á quien se adjudicaban los bienes, ni era heredero ni poseedor de bienes; pero se asemejaba á un poseedor de bienes, *l. §. 21. ff. de fideicomm. lib.*

nombres, ó de los manumisores, ó el de aquellos de cuyo patrocinio dependian, y tal es tambien la opinion de Equinario Baro.

III. Las causas pues de esta constitucion son, ya el favor de la libertad, ya la estimacion del difunto, que ya hemos observado antes en el *lib. II. tit. XVII. XIX. n. 11.*, que quedaba vulnerada con la venta de los bienes.

IV. Pero tambien á estas disposiciones añadió, segun solia, algunas el emperador Justiniano en la *l. ult. C. de testam. manum.*, en la cual estableció, (I) que el derecho de pedir la adjudicacion de bienes fuese ánnuo. (II) Que si muchos dando fianzas pidiesen á un mismo tiempo esta adjudicacion, se les adjudicasen en efecto los bienes al mismo tiempo. (III) Que se tuviese principalmente en consideracion el que hubiese prometido prestarse mas. (IV) Que aquel que dentro de un año ofreciese mas que el otro, en cuyo favor se habia hecho la adjudicacion, obtuviese los bienes, reteniendo el otro la libertad. Todo lo cual esplican mas latamente los comentadores.

TITULO XIII.

Abolicion de las sucesiones que se verificaban por la venta de bienes y por el senadoconsulto Claudiano.

Todo lo que pudiera decirse sobre la adquisicion por la venta de bienes, ya queda tratado arriba en el *lib. II. tit. XVIII. XIX. §. 11.* Observados pues los ritos alli descritos, todas las acciones y derechos del difunto pasaban al sector ó

comprador de los bienes, por lo cual tambien este era demandado por los acreedores de la propia manera que el poseedor de bienes, por cuanto ambos eran sucesores pretorios. Car. Sigon. *de judic. I. 18., p. 410.* Teof., *pr. Inst. h. t.*

I. Tambien del senadoconsulto Claudiano hicimos ya mencion algunas veces en el *lib. I. tit. III. n. 5., y lib. II. tit. XVI. n. 8.,* donde tambien esplicamos en compendio la ocasion de él, y su historia, de suerte que creemos que nada hay que añadir aqui, sino únicamente que la mujer libidinosa obligada á entrar en esclavitud, juntamente con la libertad, perdia todos sus bienes, §. 1. *Inst. h. t.* Lo cual abolió Justiniano como indigno de su siglo, *d. §. Inst. h. t.*

Páj. 222. §. DCCXLII. lín 1. Heinecio no define aqui la intestamentafaccion, ni dice quien se entienda por intestado, y segun la *ley 1. tit. 13. de la Part. 6.,* es aquel que no hizo testamento, y si lo hizo no fue con arreglo á derecho, por lo cual no produjo efecto alguno.

Páj. 226. §. DCCXLVIII. Los legítimos por subsiguiente matrimonio no entran á heredar un mayorazgo en concurrencia de otro que haya nacido despues de contraido el matrimonio, porque este es el primero en legitimacion. Si fuese por rescripto, aunque sea para suceder, no heredarán, en concurrencia de otros legítimos, ni á sus padres, madres ni ascendientes, segun lo dispone la *ley. 1. tit. 13. Part. 4.*

Páj. 227. §. DCCXLIX. lín. 10. Los abrogados segun nuestro derecho, heredarán la quarta parte de los bienes del abrogante, y el adoptivo en todos, *ley 8 y 9. tit. 16. Part. 4.* Estos no podrán suceder en mayorazgos,

por cuanto esta institucion está determinada para que no salga de las familias.

Páj. 228. §. DCCL. El derecho romano está muy diferente en esta parte del de España; segun éste los hijos naturales, no habiendo lejítimos, heredarán el quinto de sus padres que han de partir con sus madres, y si no fuere bastante para sus alimentos, tienen derecho á exigir lo necesario para ellos, segun su clase y condicion. Por lo que respecta á la madre, no teniendo hijos lejítimos, herederán *in totum* los naturales, porque de la madre nunca se puede dudar, y es cierta; pero si fueren de dañado y punible ayuntamiento nada heredarán.

Páj. 229. §. DCCLI. lín. 14. Se advierte que este modo de suceder no es *in capita* ni en *stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ambas líneas; de suerte que aunque haya muchos por una línea; y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de parte de madre; pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Véase la *ley 4. tit. 13. Part. 6.* A no ser que en alguna parte haya costumbre de lo contrario, segun lo disponen las leyes de la Novísima.

Páj. 230. §. DCCLIII. Cuando suceden los ascendientes, aunque haya colaterales, no suceden con ellos, porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la trasversal, y muy distinta en grado, *ley 7. de Toro*, que deroga la *4. tit. 13. Part. 6.* que disponia lo contrario.

Páj. 231. §. DCCLVI. Se exceptuan los adoptivos, de quienes no son herederos los padres adoptantes muriendo abintestato, sino sus parientes mas cercanos, como terminantemente lo dispone la *ley 5. tit. 22. Fuero Real.*

Páj. 256. §. DCCLXII. lín. 2. Por cuanto Heinecio en las sucesiones intestadas nada habla quando los ascendientes y herederos literales no son lejítimos, se obser-

varán las reglas siguientes: 1.^a Si el que muere sin ascendientes ni descendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente, segun la *ley 6. tit. 13. Part. 6.*, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre dudosos. 2.^a Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiese alguno lejítimo, este solo será preferente á todos, y en sentir de algunos, aun á los hermanos por parte de madre, *ley 12. tit. 13. Part. 6.* Si un lejítimo muere no dejando parientes algunos lejítimos, sino solo naturales, le heredarán solo los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escludidos; dicha *ley* al fin de su texto.

Páj. 236. §. DCCLXV. Bien sabido es que la mujer tiene derecho á la mitad de los gananciales, á que se le pague su dote, arras, donaciones esponsalicias &c.; pero cesa la disposicion de la ley de Partida, que aun no habiendo pariente por línea transversal hasta el décimo grado llamaba el marido á su mujer, hoy ademas de que no pasa del cuarto grado, tampoco puede el marido llamar á su mujer, *ley 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. Novísima.* Asi es que en este caso entra el fisco. Aunque es dudoso si este grado se deberá computar canónica ó civilmente. Viene aqui muy bien para complemento de la materia decir algo de la cuarta marital, de que no hace mencion Heinecio. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual debe tomar para sí la viuda, si quedare tan pobre que no tenga con que subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro, como dispone la *ley 7. tit. 13. Part. 6.* Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender á los padres pobres en su caso. Véase Febrero, *lib. de escrib., cap. 1. §. 21. n. 239.* En

el día de hoy en vista de la *ley 1. tit. 8. lib. 5.*, que es la *6. de Toro*, hay bastante lugar para dudar que pudiese tener lugar tal parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen podría la madre proporcionarse la congrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre que debiera administrar los bienes de sus hijos. Con todo hay algunos ejemplos de haberla declarado el consejo en algunos recursos que se siguieron ante él en juicio contradictorio.

Páj. idem. §. idem. Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar donde fallezcan inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para el entierro y funerales, dando cuenta á la Real audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, que aunque no los tengan no recaen en el fisco, *l. 31. tit. 1. Part. 6.*

Aunque por reales órdenes de 29 de Noviembre de 1796 y 29 de 1804, á los religiosos de las órdenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento, se les prohíbe suceder abintestato, á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y á todos sus derechos temporales. Real pragmática de 6 de Julio de 1792.

Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar segun lo dicho á aquellos que tienen derecho á sucederlos del modo y en el órden sabido; pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales, de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la Real hacienda, Real cédula de 12 de Junio de 1801, y segun los decretos de 30 de Diciembre de 1820 hay muy diferentes deducciones, que él mismo expresa.

Los parientes que suceden abintestato no por eso estan exentos de invertir algunos bienes en favor del alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y herederos. Estos, ó son lejitimos y

forzosos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exequias funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes, *ley 16. tit. 4. Novísima*. Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo preferido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, segun el argumento de la *ley 10. tit. 4. lib. 5.* del referido código. Lo mismo se debe decir de los herederos trasversales del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario por no poder ó por no querer no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena la *l. 10. tit. 4. lib. 5.*, que dice asi: »Cuando el comisario no hizo testamento no dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato, los cuales en caso de que no sean fijos, ni ascendientes, ni descendientes lejítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los bienes, por su anima del testador, lo cual si dentro del año contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo." La razon de esta disposicion es porque se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplia á otros casos, porque solo habla del que últimamente se ha explicado.

Páj. 240. §. DCCLXX. En España no se conocen las acciones pretorias, porque no hay esta clase de majistrados; pero en su lugar habrá aquellas que se deducen de los edictos que los correjidores, rejentes, capitanes jenerales y demas autoridades dan para el buen gobierno de su provincia.

Páj. 241. §. DCCLXXII. Se advierte ya que por nuestro derecho en virtud de la *ley 2. tit. 16. lib. 5.* de la Recopilacion, no se conoce distincion entre pacto, nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho, produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

Páj. 245. §. DCCLXXXVIII. Nada tenemos que añadir á la doctrina que en esta parte sienta Heinecio, porque la misma, sin variacion alguna, está recibida en las *leyes 5. tit. 6. Part. 7.* Argumento de la *5. tit. 2. Part. 5. 11. tit. 33. Part. 7.*

Páj. 258. §. DCCXCVI. Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mútuo: no se puede demandar lo dado si no se prueba que se convirtió en su utilidad, *ley 3. tit. 1. Part. 5*; y así para que quede el que da á mútuo asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda, con cuya diligencia será bien hecho. Así lo espresa el Febrero reformado, *cap. 4. §. 2. n. 11.*

De ninguna manera se puede dar á mútuo á ningún hijo de familia estando bajo la patria potestad, sea mayor ó menor de 25 años, ni está obligado á la restitucion, ni se le puede obligar judicial ni extrajudicialmente, ni á él, ni á su padre, ni á sus fiadores, y el contrato que sobre ello hicieren es nulo, escepto en seis casos. 1. Cuando el hijo es soldado. 2. Cuando obtiene empleo público del rey ó concejo. 3. Cuando niega que es hijo de familias, y el acreedor tiene justa causa pa-

ra creerlo. 4. Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5. Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su orden contrata. 6. Cuando el hijo está acostumbrado a recibir prestado, y su padre á pagarlo; pues se presume su consentimiento. Asi lo dispone terminantemente la *ley 4. y 6. tit. 1. Part. 5.* Si el factor de algun comerciante con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarle este; pero si no le dió orden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor, á su solucion, *ley 7. tit. 1. Part. 5.*

Páj. id. §. id. Segun las leyes civiles y canónicas, en el mútuo no se puede exigir nada á no incurrir en el feo vicio de usura reprobada por todos derechos, cuando mas un tanto por ciento; pero en este caso ya dejaría el contrato de mútuo en préstamo.

Páj. 266. §. DCCCXIII. El depósito judicial ó secuestro se distingue de los demas en que se hace ínvito el dueño, ni se entrega hasta que se haya finalizado el pleito; *ley. 5. tit. 3. Part. 5.* Esta misma ley asigna cuatro casos en los cuales puede retenerse el depósito. 1.º Cuando la cosa depositada es espada, cuchillos ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2.º Cuando al dueño se le confíscan los bienes. 3.º Cuando un ladrón da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se lo mande. 4.º Cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es.

Páj. 271. §. DCCCXXIV. La misma doctrina que Heinecio establece acerca del contrato de prenda está adoptada por las leyes de la Partida 1. tit. 13. Part. 5. 23. tit. 13. Part. 5. 7. 9. 20. 21 tit. 53. Part. 5.; sin embargo, de la hipoteca habló muy poco ó casi nada,

por lo que es indispensable añadir alguna cosa. Ella es un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para cumplimiento de algun contrato. Se divide primeramente en universal ó jeneral, particular ó especial. La primera es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enajenacion. La segunda es aquella por la cual espresa y determinadamente se hipotecan algunos bienes, y siempre estan sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercer poseedor hasta que se extingue, *ley 1. y 5. tit. 3. Part. 5.* La hipoteca ya sea jeneral ó particular se divide en otras cuatro maneras. La primera es convencional y espresa, y se llama así porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancia del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por disposicion de la ley, de lo cual ya daremos los principales casos. La tercera se llamó pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (este se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por su rebeldía para comparecer y responder á la demanda). La cuarta es la judicial, y se da cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor. *Ley 1. 23. tit. 15. Part. 6. tit. 8. Part. 3.* Entre estas hipotecas se encuentra bastante diferencia; cuando es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que la haya ó se entreguen ó haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y sí antes de esto y despues, mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar á

hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. *Curia Filipica, lib. 2.* Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria, siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Viendo ya que cosa es hipoteca, y como se divide, resta explicar qué bienes se entienden hipotecados en la jeneral, y quiénes son los que la tienen tácita. En la hipoteca jeneral y obligacion de todos los bienes no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiere, aunque no se espresen, como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviese á su favor, *ley 5. tit. 13. Part. 5.*; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices sin hacer mencion de las deudas, no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes que no comprende el nombre de muebles y raices, *Curia Filipica, lugar cit.*; pero si se empeña el título ó escritura de la cosa, se tiene esta por hipotecada, aunque no se espresen, *ley 14. tit. 13. Part. 5.*

Mas no vienen en obligacion jeneral de los bienes el siervo ó sierva que tuviese señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni la prohibidad de enajenar, *ley. 5. tit. 13. Part. 5.* Los que tienen hipoteca tácita en los bienes de otros, son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende, ó que pasa de unas partes á otras, por alcabala y derechos reales, que por razon de ello le son debidos, y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho real ó personal, *l. 25. tit. 13. Part. 5.* Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los

bienes de los que contratan con él, ó cobran ó arriendan los derechos reales, ó administran sus cosas desde el día del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mujeres de ellos, ni en su dote, *ley 26. tit. 20. Part. 1.* La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas que se deben, y tambien en los de su administrador por la administracion de sus cosas desde que la empezó á usar, mas no en los bienes de los que contraen. La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores desde que comenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos y personas que por ellos administren su tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los del magistrado que nombró el tutor. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas que haga, *ley 23. tit. 13. Part. 5 y 8. tit. 16. Part. 6.* Si la mujer viuda que siendo tutora ó curadora de sus hijos se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los del con quien se casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion, *ley 26. tit. 13. Part. 5.*; y asi para evadirse de esta obligacion, el segundo marido, antes de casarse, haga que se les dé curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. Tambien tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la mujer, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la mujer por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *ley 23. tit. 13. Part. 5.*; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *ley 17. tit. 11. Part. 4.* Del mismo modo tiene tácita hipoteca la mujer en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la mujer muriesen, si el que de los

dos quedase vivo se volviese á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á derecho debe conservarles, *ley 26. tit. 13. Part. 5.* El legatario, por el legado ó manda que le es dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia, y así mismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon, orefaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiéndose en esto, y constando de ello.

Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella los bienes del alquilador, *ley 5. tit. 8. Part. 5.*

Páj. id. §. DCCCXXVII. Aunque por derecho de los romanos las obligaciones no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades, como eran pregunta y respuesta, cógrua, presencia de los contrayentes, y otras aun mas escrupulosas, nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, 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 que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano, *ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Novísima*, que corrige la *ley 2. tit. 11. Part. 5.* De aqui se colije 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, *ley 1. tit. 11. Part. 5.* Para que el prometiende quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conservacion, lo que no induce obligacion

por faltar la voluntad de obligarse. No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes y que parezca que quiso obligarse, y así aun la *ley 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.... porque no queda obligado, como si dijese prometo.

Páj. 278. §. DCCCXXXIV. Siempre que se hacen promesas ó pactos puede ponerse por los contrayentes alguna pena, para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser ó convencional ó judicial. Convencional, 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 promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa, *ley 35. tit. 1. 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 lo hará comparecer en juicio bajo cierta pena, *ley 36. tit. 11. Part. 5.* Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta segun derecho, *ley 38. tit. 21. Part. 5.*; si no es que la nulidad de la promesa, ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra las buenas costumbres, ó por ser usuraria, *ley 40. tit. 11. Part. 5.*, ó por medio de fuerza ó engaño, *ley 28. tit. idem. Part. idem.*

Páj. 295. §. DCCCLXVIII. lín. últ. Los hijos pueden prometer y serán válidas las promesas que hagan á sus padres de los bienes castrenses ó cuasi castrenses, *ley 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 habilitacion judicial en causa de ausencia de aquel ú otro cualquier impedimento legal. Tampoco vale la promesa del pródigo á quien se ha prohibido la administracion de

sus bienes por estar equiparado en derecho al furioso.

Páj. 300. §. DCCCLXXV. lín. 3. Segun la *ley 45. del tit. 6. Part. 6.* los clérigos tambien pueden ser fiadores de las personas miserables. Ademas de los casos que cita Heinecio en que la mujer puede ser fiadora, segun nuestras leyes, lo puede ser en los siguientes casos: 1.^a por causa de libertad, fiando á un esclavo por el precio de su rescate: 2.^a por razon de dote, si la ofrece á otra mujer para casarse: 3.^a si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito: 4.^a si recibe precio por ser fiadora: 5.^a si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon: 6.^a si fia por su hecho propio á quien la fió, *ley 3. tit. 12. Part. 5.*: 7.^a 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.

Páj. 301. §. DCCCLXXVIII. El fiador no puede obligarse á mas que el dendor principal; pero esto no impide para que el fiador pueda obligarse mas que el dendor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así segun decíamos poco antes, el dendor 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 aun atendida la ley de la Novísima Recopilacion, que establece que uno quede obligado de cualquier modo que parezca se intentó obligar, no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y así fue su voluntad otorgar fianzas, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse.

Páj. 303. §. DCCCLXXIX. Para proceder con claridad acerca de los efectos de las fianzas, es necesario distinguir los varios modos con que pueden obligarse los fiado-

res. 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 rédito quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus fiadores 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 Lopez en la *l. 8. tit. 12. Part. 5.*, Febrero, Librería de escribanos, *cap. 4. 35. núm. 17.*; pero no obstante que renuncien el tal privilegio no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán: 1.^o cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos que el deudor no tiene bienes: 2.^o cuando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él: 3.^o cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso si piden término al juez para presentarlo, se les concederá, y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado: 4.^o cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado: 5.^o cuando no oponen la escepcion de la escusion antes de la contestacion: 6.^o cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fácilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero, *l. 9. tit. 12. Part. 5. Lib. de escribanos, cap. 4 §. 5. n. 127.*

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 antes que él, segun se obligaron, porque

su fianza en este caso se eleva á la obligacion principal, y por el todo cada uno si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto que se ha de observar, no habiéndolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á cuanto se obliga, á tanto queda obligado

Páj. id. §. id. Aunque nuestro derecho conforme en esta parte con el romano, dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuario, ni pedir sus letras, queda obligado á pedir la cantidad de que se da por entregado en ellas; con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui inferen nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula cuarentijia (esta voz cuarentijia es italiana, y significa firmeza y seguridad): se reduce pues la cláusula llamada cuarentijia, á dar el otorgante poder á todos los jueces que del contrato que se habla 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 él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello; no obstante, si no han presijado los dos prefinidos 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, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la refrida escepcion, pues la circunstancia del transcurso 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 confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues

no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion, y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque la reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque 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 verá; y probándola en esta tendrá el acreedor que restituir lo percibido. Véase sobre este punto Febrero, juicio ejec. lib. 3. §. 1. n. 23. y 24. n. 269 y 270. Gomez, tom. cap. 2. II. varias resol. cap. 6. al n. 6.

Páj. 319. §. CMII. Estando ya perfecto el contrato de venta, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir en 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 explicacion se concilian las leyes 7. tit. 5. Part. 5 y 2. tit. 10. lib. III del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato, aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho se puede responder á esta l. 10.: 1.º que habla del caso en que no está perfecta la compra, á lo cual da márgen la glosa de Montalvo en la letra C. 10.: 2.º 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 de la tercera, sobre la l. 7. tit. 5. Part. 5. fol. 55.

Páj. 319. §. CMII. II. Tambien no anula la venta la fuerza cuando el poseedor de granos los vende por un precio justo en favor de la relijion, en favor de la independencia de su nacion y soberano, l. 6. tit. 21. Part. 4.

Páj. 322. §. CMVI. II. Sin las cosas ajenas por estar

fuera del comercio parece no pueden venderse, no obstante, segun la *l. 19. tit. 5. Part. 5. y 6. tit. 10. lib. 3. Fuero Real*, lo pueden ser. 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 lo cual dispone la ley 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 resarcirle de los daños y perjuicios que le hagan, siendo por su culpa, *l. 6. tit. 10. del Fuero Real*, que dejamos citado.

Páj. 324. §. CMIX. Para mejor intelijencia de este párrafo es necesario advertir que el precio justo es de dos maneras, uno lejítimo y otro natural; primero, el que por la ley está determinado: natural el que tienen las cosas con atencion á la estipulacion que de ellas se hace, y á otras circunstancias, por lo cual admite bastante latitud. Cuando hay lesion en el contrato, y fuere en la mitad del precio, ó se rescinde el contrato, ó le entrega lo restante, y esto aunque fuese comprada en almoneda, cuya accion dura hasta cuatro años despues de verificado el contrato, no se rescindiré cuando no llega á la mitad del precio, á no ser por los menores, ni siéndolo por los peritos y facultativos intelijentes en la cosa comprada, ni cuando el vendedor fue obligado á vender, ni en las cosas que se venden por cosas fiscales; en cuyos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama así cuando el precio es dos tantos menos que su valor, y la accion, esta dura veinte años, ó se puede entablar despues de este período.

Páj. id. §. id. Todos los que puedan consentir libremente pueden vender: se exceptuan los hijos de familia, á no ser de los bienes castrenses, los estudiantes que tienen licencia de aquel que los tiene en el estudio, los

tutores y curadores sin intervencion judicial, *l. 4 tit. 7. lib. 1. Novisima*. Los clérigos estan prohibidos 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 refor. cap. 1. Real apost. servitutis de benec. 14. Ley. 46. tit. 6. Part. 1.*

Páj. 329. §. CMXII. A mas de las dos acciones que Heinecio esplica y se conocian entre los romanos en este contrato, conocen nuestras leyes otros dos, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar quando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices, como heredad ó campo que cria yerba, casa ú otro edificio que debe servidumbre, tributo ó muebles; todo lo cual, no habiéndolo manifestado al comprador, puede intentar contra el vendedor dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta dicha accion, llamada redhibitoria, a efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndole el precio, y volviéndole la cosa, *ley 63. tit. 5. Part. 5.*

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 *quantum minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el menos 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, ú el comprador renunciase estas acciones, no podrá despues pretender cosa alguna.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

INDICE.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

	PAG.
Tit. IV. <i>Del usufructo.</i>	3
Tit. V. <i>Del uso y de la habitacion.</i> . .	15
Tit. VI. <i>De la usucapion.</i>	19
Tit. VII. <i>De las donaciones.</i>	34
Tit. VIII. <i>A quienes se permite ó no enajenar.</i>	48
Tit. IX. <i>Por qué personas debemos adquirir.</i>	57
Tit. X. <i>Del modo de hacer testamento.</i> .	68
Tit. XI. <i>Del testamento militar.</i> . . .	90
Tit. XII. <i>A quienes no es permitido hacer testamento.</i>	102
Tit. XIII. <i>Del modo de desheredar á los descendientes.</i>	108
Tit. XIV. <i>De la institucion de heredero.</i>	116
Tit. XV. <i>De la sustitucion vulgar.</i> . .	129
Tit. XVI. <i>De la sustitucion popular.</i> .	154
Tit. XVII. <i>De que modo se invalidan los testamentos.</i>	141
Tit. XVIII. <i>Del testamento inoficioso.</i> .	146

Tít. XIX. <i>De la cualidad y diferencia de los herederos.</i>	152
Tít. XX. <i>De los legados.</i>	160
Tít. XXI. <i>Modo de quitar y transferir los legados.</i>	187
Tít. XXII. <i>De la Ley Falcidia.</i>	193
Tít. XXIII. <i>De las herencias fideicomisarias y del senadoconsulto Trebeliano.</i>	201
Tít. XXIV. <i>De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.</i>	213
Tít. XXV. <i>De los codicilos.</i>	215

LIBRO TERCERO.

Tít. I. <i>hasta el tít. XIII. De la antigua sucesion abintestato.</i>	221
<i>De la sucesion de los ascendientes.</i>	229
<i>De la sucesion de los colaterales.</i>	232
<i>De la sucesion de los cónyuges.</i>	235
<i>De la sucesion del fisco.</i>	236
Tít. XIV. <i>De las obligaciones.</i>	257
Tít. XV. <i>De qué modos se contrae obligacion por la cosa.</i>	255
Tít. XVI. <i>De las obligaciones verbales.</i>	271
Tít. XVII. <i>De lo que sucede cuando hay dos reos de estipular y prometer.</i>	280
Tít. XVIII. <i>De las estipulaciones de los siervos.</i>	284
Tít. XIX. <i>De la division de las estipulaciones.</i>	285
Tít. XX. <i>De las estipulaciones inútiles.</i>	291

Tít. XXI. De los fiadores.	298
Tít. XXII. De las obligaciones literales.	207
Tít. XXIII. De las obligaciones que na- cen de consentimiento.	315
Tít. XXIV. De la compra y venta.	315
Notas.	351



Tr. XXI. De las fundaciones. 288
Tr. XXII. De las obligaciones literarias. 297
Tr. XXIII. De las obligaciones que no 315
cen de consentimiento. 318
Tr. XXIV. De la compra y venta. 321
Notas. 321



Fig. 1.

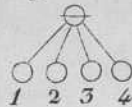


Fig. 2.

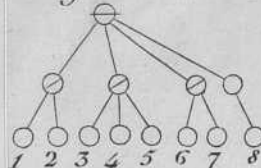


Fig. 3.

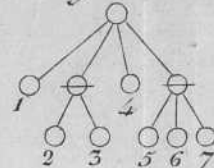


Fig. 4.

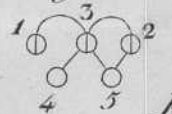


Fig. 5.



Fig. 6.

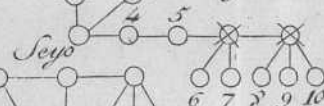


Fig. 7.

Fig. 8.

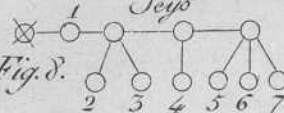


Fig. 9.

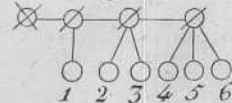


Fig. 11.

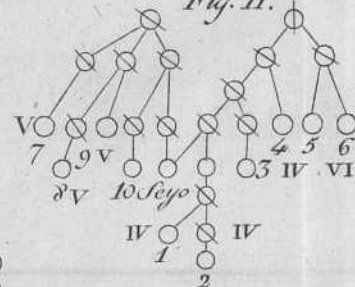
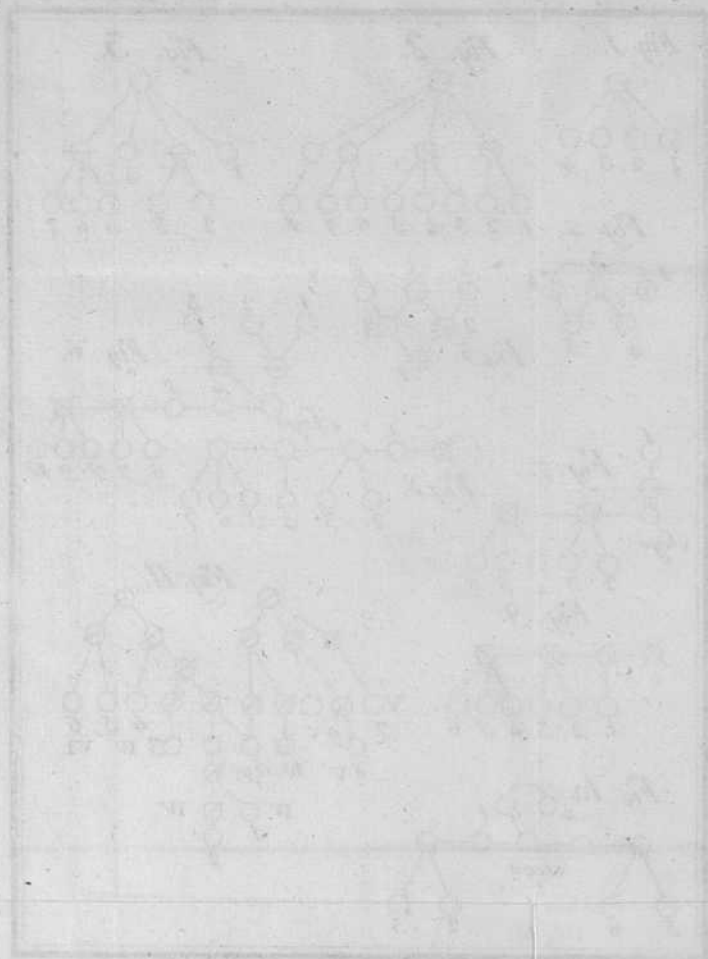


Fig. 10.





DE LOS GRADOS DE AFINIDAD.

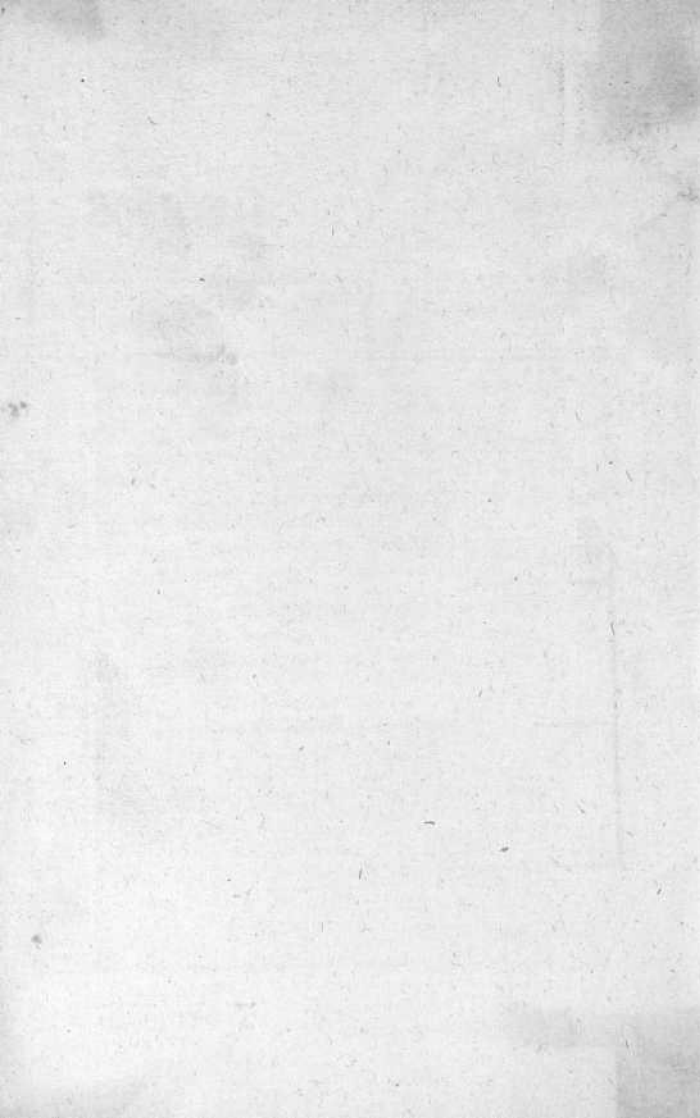
		5.º abuelo.	Hermano de tercer abuelo.				
		4.º abuelo.	Hermano de bisabuelo.	Hijo de hermano de bisabuelo.			
		3.º abuelo.	Hermano de abuelo.	Hijo de hermano de abuelo.	Nieto de hermano de abuelo.		
		Bisabuelo.	Hermano de padre.	Hijo de hermano de padre.	Nieto de hermano de padre.	Biznieto de hermano de padre.	
		Abuelo.	Hermano.	Hijo de hermano.	Nieto de hermano.	Biznieto de hermano.	Tercer nieto de hermano.
De qué modo se transmiten.		Padre.		las herencias por la ley.			
		YO.					
Mujer que está bajo la potestad del marido.	Son entre sí	Hijo que aun no salió de potestad.	consanguíneos.		Hija que está bajo potestad.		
Nuera que está bajo la potestad del hijo.	Tambien lo son	Nieto que no salió de potestad.	entre sí.		Nieta que está bajo potestad.		
La muj. del nieto q. está bajo la potest. de este.	Lo son	Biznieto q. no salió de potestad.	entre sí.		Biznieta que está bajo potestad.		
La muj. del biznieto que está bajo la pot. de este.	Lo son	3.º nieto q. no salió de potestad.	entre sí.		3.ª nieta que está bajo potestad.		
La muj. del 3.º nieto que está bajo la pot. de este.	Lo son	4.º nieto q. no salió de potestad.	entre sí.		4.ª nieta que está bajo potestad.		
La muj. del 4.º nieto que está bajo la pot. de este.	Lo son	5.º nieto q. no salió de potestad.	entre sí.		5.ª nieta que está bajo potestad.		

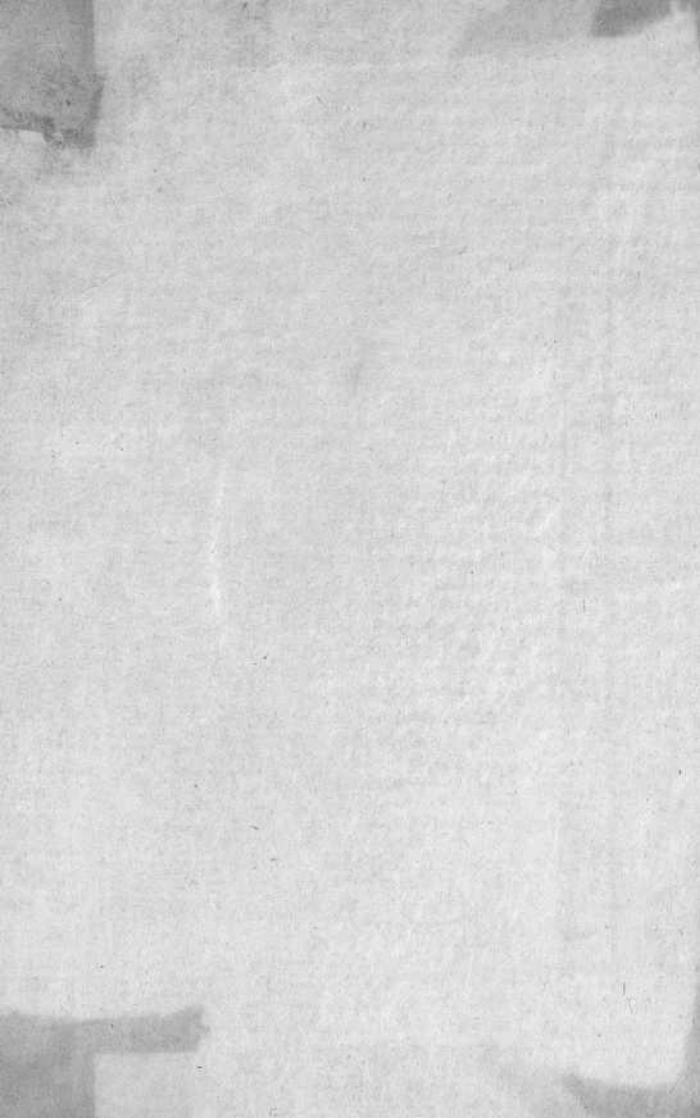
DE LOS GRADOS DE AFINIDAD.

Tomo II. Lib. 2. Pag. 582

De qué modo se transmiten.					las herencias por la ley.				
Padre.					Yo.				
Yo.	Abuelo.	Hermano.	Hijo de hermano.	Nieto de hermano.	Hijo que está bajo potestad.	Nieto que no está bajo potestad.	Bisnieto que no está bajo potestad.	3.º nieto que no está bajo potestad.	4.º nieto que no está bajo potestad.
	Hijabuelo.	Hermano de padre.	Hijo de hermano de padre.	Nieto de hermano de padre.	Hijo que está bajo potestad.	Nieto que no está bajo potestad.	Bisnieto que no está bajo potestad.	3.º nieto que no está bajo potestad.	4.º nieto que no está bajo potestad.
	Abuelo.	Hermano de abuelo.	Hijo de hermano de abuelo.	Nieto de hermano de abuelo.	Hijo que está bajo potestad.	Nieto que no está bajo potestad.	Bisnieto que no está bajo potestad.	3.º nieto que no está bajo potestad.	4.º nieto que no está bajo potestad.
	4.º abuelo.	Hermano de hijabuelo.	Hijo de hermano de hijabuelo.	Nieto de hermano de hijabuelo.	Hijo que está bajo potestad.	Nieto que no está bajo potestad.	Bisnieto que no está bajo potestad.	3.º nieto que no está bajo potestad.	4.º nieto que no está bajo potestad.
	5.º abuelo.	Hermano de tercer abuelo.	Hijo de hermano de tercer abuelo.	Nieto de hermano de tercer abuelo.	Hijo que está bajo potestad.	Nieto que no está bajo potestad.	Bisnieto que no está bajo potestad.	3.º nieto que no está bajo potestad.	4.º nieto que no está bajo potestad.
Son entre sí.					También lo son.				
Lo son.					Lo son.				
Lo son.					Lo son.				
Lo son.					Lo son.				
Lo son.					Lo son.				





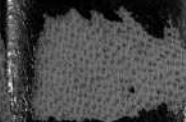






HEINECIO

RECITACION



D-1
1407

