

LIBRARY
OF THE
UNIVERSITY OF
TORONTO

18

SG-4

8-28

B.P. de Soria



61113924

D-1 1408

1
08

Signl. Top.

6

1863

1863-024

4
91

RECITACIONES

DEL

No. 1895

DERECHO CIVIL

DE JUAN HEINECIO,

Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente

POR

D. Luis de Collantes y Bustamante.

TERCERA EDICION.

BIBLIOTECA TOMO TERCERO.
DEL
INSTITUTO PROVINCIAL



SORIA

VALENCIAS

IMPRENTA DE CABRERIZO.

1841.

RECIBACIONES

1871

DEBERES CIVILES

DE JUAN ENRIQUE

El presente es copia de los recibos que se han emitido en virtud de las disposiciones de la ley de 10 de Mayo de 1871.

1871

El Jefe de la Oficina de Contabilidad

TERCERA CLASE



BIBLIOTECA

DE LA

CIUDAD DE BUENOS AIRES

1871



CONTINUACION

DEL LIBRO TERCERO.

TITULO XXV.

De la locacion y conduccion.

§. CMXVI.

Esto acerca del primer contrato consensual, la compra y venta. Sigue otro, la *locacion y conduccion*. En él se ha de considerar: 1) la definicion, §. 916.: 2) la division, §. 917.: 3) los atributos esenciales, §. 918. 923.: 4) la obligacion que de él nace, §. 924. 926.: 5) las acciones, §. 927. 929. La definicion es fácil. *Locacion y conduccion es un contrato consensual, por el cual se presta hasta cierto tiempo el uso de una cosa, ó cierto trabajo por cierta merced ó estipendio:* decimos 1) que la locacion y conduccion es un contrato consensual, porque recibe su fuerza de solo el consentimiento. Añadimos, *por el cual se presta el uso de una cosa*. Pues aqui no se trata de transferir el dominio como en la compra, ni de que otro custodie una cosa, como

4 De la locacion y conduccion.

en el depósito, sino de que tenga el uso el conductor. Sigue diciendo la definicion, *ó cierto trabajo*; lo cual se ha de entender de los que reciben estimacion, como son los mecánicos, que pueden ejercerse con la mano. Ultimamente decimos, *por cierta merced ó estipendio*; porque si no está determinada, sino que se concede *gratis* la cosa para cierto uso, no es locacion, sino comodato.

§. CMXVII.

En quanto á la division, la locacion y conduccion es *ó de cosa*, cuando se concede su uso por cierta merced, por ejemplo, un prado, una casa; *ó de trabajos (Operarum)*, cuando se prestan trabajos mecánicos por una recompensa, por ejemplo, cuando el sastre compone un vestido por cierta merced; *ó de obra (Operis)*, cuando se arrienda alguna obra que se va á hacer, v. gr., si la nacion arrienda la obra de un puente por cierto precio; de cuya locacion trata la *L. 5. §. 1. ff. de v. sig.* Por lo demas, de estas especies de locacion se ha de observar, 1) que las personas de los conductores tienen diversos nombres. Pues el que toma en arriendo una casa se llama *inquilino*; el que toma prédios rústicos, *colono*; el que rentas reales, *publicano*; el que alguna obra, *asentista (redentor)*. Ultimamente, el que toma en arriendo trabajos, se llama *mercenario*. 2) La locacion de obra tiene algo verdaderamente singular. Pues en los demas casos, el que da la merced se llama conductor, y el que la recibe, locador. Mas aqui

es al contrario, pues el que da la merced de la obra que se trata de hacer, se llama locador, y el que la recibe, conductor; porque al mismo tiempo toma en arriendo la obra que da tambien en arriendo trabajos, *L. 22. §. 2. L. 25. §. pen. ff. h. t.*

§. CMXVIII.

Llegamos á los requisitos esenciales de la locacion y conduccion, en lo cual hay grande analogía entre la compra y venta y la locacion y conduccion. Pues asi como las cosas esenciales de aquel eran tres, consentimiento, cosa y precio, §. 899.; igualmente se hallan aqui otras tantas: 1) *consentimiento*, 2) *cosa ó trabajo que se da en arriendo*, 3) *merced*, por la cual se arriendan. De donde fácilmente se deduce por qué dice el juriconsulto, *L. 2. pr. ff.*, que hay mucha semejanza entre estos dos contratos. Ahora hablaremos de cada uno de los requisitos.

§. CMXIX. CMXX.

El primer requisito esencial es el *consentimiento*, porque es contrato consensual, el cual adquiere su fuerza de solo el consentimiento, §. *un. Inst. de contr. consens.* De lo que se saca por consecuencias: 1) que con solo el consentimiento se perfecciona este contrato, y por tanto nace de él la obligacion y accion en el momento que se han convenido en la cosa y merced. Pero asi como dijimos en la compra, que si las partes se convienen en reducir á es-

6 De la locacion y conduccion.

critura las leyes del contrato, no nacia obligacion antes de concluirse el instrumento por medio de la suscripcion ó firma, del mismo modo se observa otro tanto en la locacion y conduccion. L. 17. *C. de fid. instr.* Suelen hacerse muchas veces estas escrituras en los arrendamientos de bienes raices y obras. Pues acostumbrando en ellos los contrayentes ponerse diversas condiciones, se necesita el testimonio de las letras, porque no se olviden aquellas. 2) Que pueden dar y tomar en arriendo todos los que pueden consentir y disponer de sus cosas. Sin embargo, las leyes prohiben á algunos tomar en arriendo; á unos por *necesidad*, á otros por *utilidad de la nacion*, y á otros por *privilejio*. Por *necesidad* están prohibidos los *decuriones*, quienes si tomasen en arriendo los prédios rústicos, se distraerian de las curias á que estaban adscriptos. Por *utilidad de la nacion* están prohibidos los militares, porque no se aparten de las banderas; los clérigos, porque mezclándose en las cosas y negocios domésticos no sean indolentes en el servicio de Dios; los *curadores* y *tutores*, á los que se prohibe arrendar las cosas fiscales y señoriles para que no respondan al fisco con bienes afianzados ya á los pupilos menores, pues no bastando los bienes para ambas cosas, se hallarian en concurrencia el fisco y los pupilos. Ultimamente, los hombres de letras tienen el grande privilejio de que no puedan vivir junto á sus casas los artesanos que meten mucho ruido con su trabajo, como cuberos, herreros, tallistas; y asi los estudiosos pueden oponerse si aquellos quisiesen tomar en

arriendo habitaciones contiguas. Rebuffo escribió un libro de los privilegios de los que se dedican á las letras, y entre otros muchos muy ridículos reclama este en virtud de la *L. un. C. de studios. libert.* Mas á decir verdad, no leemos en aquel texto que pertenezca al asunto y demuestre tan gran privilegio. Sin embargo, vemos que todavía está en ríjida observancia en algunas provincias y academias de Alemania.

§. CMXXI.

Otro requisito esencial son las *cosas ó trabajos (Operae)* que se arriendan. Tales son 1) todas las cosas que también pueden venderse, y aun muchas que no pueden venderse, como las cosas eclesiásticas, *cosas de ciudades*, públicas, etc. 2) Conviene que estas cosas no sean consumibles, pues en otro caso no se transferiría el uso, sino el dominio. 3) Pueden también darse en arriendo todos los trabajos mecánicos, con tal que sean honestos, mas no los liberales, y que se han de prestar con el ingenio. Pues no admitiendo estos estimación, se sigue que tampoco pueda fijarse merced por ellos. Y de aquí es, que no dan en arriendo sus trabajos los ministros de la iglesia, ni los profesores, abogados, etc., sino los artífices y jornaleros. Así es que á los doctos no se debe merced, sino honorario.

§. CMXXII. CMXXIII.

Por último, falta el tercer requisito esen-

8 *De la locacion y conduccion.*

cial, á saber, la *merced*, que cuando se paga por el trabajo, suele tambien llamarse *manu pretium*, (salario por su trabajo. 1) Asi como en la compra y venta debe consistir el precio en dinero contado, lo mismo la merced en la locacion. Pues en el momento que en lugar de merced en dinero se paga cada año otra cosa, por ejemplo, frutos, bueyes, cerdos, etc., ya no es locacion, sino el contrato *doy para que dés*; ó si se prestan trabajos por otra cosa, el contrato *doy para que hagas*. Sin embargo, otra cosa ha de decirse (a) si se hubiese fijado cierta merced en dinero, y recibiese el locador en lugar de este dinero trigo ú otra cosa: pues esto es en cuenta de paga (*in solutum datio*). (b) Si el locador y conductor del prédio rústico se convienen en que el colono pague cada año la mitad de los frutos del fundo, *L. 23. § 6. ff. h. t.*, entonces se llama el conductor *colonus partiaris* (colono por mitad). Pero si se ha de decir lo que la cosa es en sí, no es ciertamente locacion y conduccion, á no estar estimados los frutos en cierto precio, sino sociedad. Pues el locador pone la cosa, el conductor el trabajo, y el interes y daño es comun, que es la misma naturaleza de la sociedad. Véase á Lauterb., *Diss. de colono partiaris*. 2) Asi como en la compra y venta debe ser el precio verdadero, justo, cierto, §. 909., asi son tambien iguales los atributos de la merced en la locacion y conduccion. Pues debe ser (a) *verdadera*, porque de otro modo dejeneraria en donacion, *L. 46. ff. h. t.* Debe ser (b) *justa*, porque en otro caso se recindiria, ó se supliria la merced por

la *L. 2. C. de resc. vend.* Ultimamente, debe ser cierta, por sí ó por relacion á otra cosa. Por ejemplo: te doy en arriendo tal cosa por la pension que hasta ahora he recibido; te arriendo por la pension que Ticio juzgue justa, etc. La razon es porque en otro caso no habria consentimiento en una misma cosa. Suele aqui preguntarse, si aquella locacion, por la cual el padre de familias en la parábola de San Mateo 20. 4. 7. envió los operarios á la viña, subsistiria segun nuestras leyes? El padre de familias no prometió nada de cierto á algunos operarios, sino que prometió darles lo que pareciese justo; y en el §. 1. *Inst. h. t.* y en la *L. 22. ff. praes. verb.*, se niega que sea locacion y conduccion un contrato de esta clase; pues asi como vimos arriba, §. 909. 3., que no puede quedar el precio al arbitrio del comprador, asi tampoco se deja la merced al arbitrio del locador. Sin embargo, juzgo que la locacion de que habla San Mateo 20. 4. 7., puede tambien subsistir por derecho civil. Pues la merced diaria de los operarios, casi en todas partes está determinada ó por la ley ó por la costumbre, y por tanto es bastante cierta la merced si prometo al mercenario que le daré lo justo. Pues prometo lo que disponen las leyes ó costumbres de cada pueblo.

§. CMXXIV. — CMXXVI.

Llegamos á la *obligacion* que nace de este contrato, que es la cuarta parte de este título. A saber: 1) el locador debe prestar la co-

10 *De la locacion y conduccion.*

sa ó trabajo segun lo prometido, ó si se ha arrendado alguna obra, dar al justo tiempo la merced prometida. 2) El conductor está obligado á pagar en el tiempo señalado la merced ó pension, ó si se ha arrendado obra, á darla hecha y probada, segun lo convenido. 3. Como es igual el provecho de ambos contratantes, cada uno se debe mútuamente la culpa leve, §. 788. 2. 4) tambien aqui corre el caso imprevisto á cuenta del dueño, á no ser que le tomase á su cargo el conductor. Y de aqui se sigue, 5) que si el conductor manifiestamente no pudiese usar de la cosa, tambien cesaria la merced; y si en parte solamente pudiese gozar de ella, se rebajaria de la pension tanto quanto exijia la equidad, *L. 15. §. 1. sig. L. 25. §. 1. L. 33. al fin. h. t.* 6. Ordinariamente ha de continuar el contrato por el tiempo señalado, de suerte que los herederos estén obligados en virtud de la locacion y conduccion del difunto por el tiempo determinado, *L. 19. §. 8. ff. h. i.*, á no ser que se hayan arrendado trabajos, los cuales muerto el locador no se han de prestar por los herederos, por quanto lo que se ha elejido fue la industria de la persona, *L. 31. ff. de salut.* 7) Sin embargo, puede concluirse la locacion antes de tiempo por ciertas causas espresas en el párrafo; en cuyo caso, no obstante, si lo hace el locador sin culpa del conductor, está obligado aquel á resarcir á éste el perjuicio. 8) Ultimamente, si el conductor permanece con la cosa arrendada fuera del tiempo prefijado, y lo tolera el locador, se entiende renovado

el arrendamiento, y esto con las mismas condiciones que anteriormente, *L. 13. §. ult. ff. h. t.* Esto se llama *relegatio ó locatio tacita.* (locacion tácita.)

§. CMXXVII. — CMXXIX.

Faltan las *acciones* que nacen de este contrato; las cuales proviniendo de un contrato nominado, es consiguiente que tambien lleven el mismo nombre, y que por tanto se llamen *locati conducti.* (de lo arrendado.) §. 779. Una y otra es directa, porque el locador y conductor se obligan mutuamente desde el principio y por la misma naturaleza del contrato; aquel á entregar el uso de la cosa ó los trabajos, y este á pagar la merced, pension ó alquiler. §. 882. Asi que, por la accion *locati* (de la locacion) obra el locador contra el conductor y sus herederos, porque se pague la merced y las usuras desde su demora, y tambien acabada la locacion, para que se restituya la cosa y se resarza el daño causado aun por culpa leve, §. 924. Y por la accion *conducti* (de la conduccion) obra el conductor contra el locador, á fin de conseguir todo lo que aquel puede exigir de este por las leyes de este contrato; de donde fácilmente se deduce que ambas acciones son de buena fe, §. 781. *L. 54. ff. L. 17. 5. h. t. §. 28. Inst. de action.*

Del contrato de enfitéusis.

§. CMXXX.

I. No es este tratado un título particular de la Instituta, sino un apéndice del tít. 25. Habiéndose dicho arriba que antes del tiempo de Zenon no era la enfitéusis un contrato especial, sino que unos lo acostumbraban referir á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion, preferimos tratar de él separadamente, por cuanto en realidad ni es locacion y conduccion, ni compra y venta, *L. 1. Cod. de jure emphyt.* Por lo demas este contrato es el único que tiene nombre griego, de lo cual no sin fundamento colije J. Schiltero que empezó á conocerse desde el tiempo del gran Constantino, cuando se trasladó la silla del imperio de Roma á Constantinopla. Se llama enfitéusis de un verbo griego que significa plantar, porque era lo regular entregarse por cierto cánon campos incultos con la condicion de que se cultivasen; del oríjen de este uso diremos algo tomando las cosas desde mas alto. Los romanos tenian admitido el principio de que á aquel cuya era una provincia, pertenecian tambien todos los campos ó terrenos de la misma. Asi que, vencida una nacion, todos los particulares de ella perdian el dominio de sus tierras, y estas por consiguiente se hacian públicas. Como el pueblo en su totalidad no podia cultivarlas, ni percibir sus frutos, solian adoptar tres arbitrios. O bien por medio de una

ley agraria se llevaban colonias á la provincia nueva, y se repartian los campos entre los nuevos colonos; ó bien arrendaban las tierras cultivadas á sus primitivos poseedores, ó á los nuevos con la condicion ó gravámen de que habian de pagar una cuota anual, v. gr., la décima parte de los frutos, y estos campos se llamaban entonces *vectigales*, de la cuota ó tributo (*vectigal*) arriba dicho; ó finalmente, se daban los terrenos incultos y aun no descuajados á otras personas con la obligacion que habian de cultivar estos terrenos y pagar un moderado cánon anual, quedándose con el dominio útil; cuyos terrenos ó campos llevaban el nombre de *enfiteúticos*. Y he aqui por qué en las Pandectas vemos el título *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius pet.* Esta costumbre tenian los romanos, y la misma observaban los municipios y colonos; pues tambien estas ciudades poseian campos bastante estensos, de los cuales sacaban con que sostener las cargas de la república. Estos campos tambien eran arrendados por cierto tributo (*vectigal*) anual, ó dados en enfiteúsis por un cánon ánuo. Esto mismo imitaban por último los particulares; de manera que desde el cuarto siglo de la era cristiana nada fue tan frecuente como este contrato. Esta materia está tratada con mucho tino por Ped. Barmano *de vectig. P. Rom. p. 128 sig. p. 148. sig.*

§. CMXXXI. CMXXXII.

La palabra enfiteúsis puede empero considerarse de dos maneras; ó como *derecho en la co-*

sa, ó como derecho á la cosa. Porque si por ejemplo, yo prometo á otro un terreno por cierto cánon, este sugeto en virtud de esta promesa ó contrato tendrá tan solo derecho á la cosa, y por una accion personal podrá obligarme á que le entregue dicho terreno, pues que su derecho nace de mi obligacion, §. 767. Por lo contrario, cuando el campo está ya entregado, al instante recibe el poseedor un *derecho en la cosa*. Y en efecto, adquiere un dominio no pleno á la verdad, pero sí útil; de suerte que hace suya la cosa, dispone de ella, la vindica, y percibe todos sus frutos con tal que pague todos los años el cánon convenido. Dije que el enfitéuta se hacia, sí, dueño, pero no pleno; porque al modo que en el dominio menos pleno hay dos dueños, uno llamado *directo* y otro *útil*, así tambien sucede otro tanto en la enfitéusis. El que dió el campo por cierto cánon se llama *señor directo de la enfitéusis*, y el que recibe este campo y paga el cánon, tiene el nombre de *señor útil ó enfitéuta*. Hay algunos que sostienen que el enfitéuta no adquiere dominio, y entre ellos con especialidad Harprecto en su *Comment. ad §. 3. Inst. h. t. tom. III. de sus obras*, fundándose en que la *L. 1. §. 1. ff. si ager vect. emphyteut.* niega ser dueño el enfitéuta; de donde infieren que mas bien que otra cosa es un usufructo la enfitéusis. Pero á esto respondemos: 1.º que si en dicha *L. 1. §. 1.* se niega que el enfitéuta sea dueño, es porque no tiene el dominio pleno; no porque no tenga parte de dominio. 2.º No puede llamarse el enfitéuta usufructuario, por

cuanto dispone libremente de la cosa entre vivos y por causa de muerte, la trasmite á todos los sucesores asi universales como singulares, y hace en el fundo mismo las mudanzas que se le antojan: cosas todas que, segun hemos visto arriba, no puede hacer el usufructuario, y sí el enfitéuta, como despues diremos. 3.º El enfitéuta, es llamado espresamente dueño en la *L. 12. pr. C. de fund. part. 1. ult. C. de cens. et censit. L. 1. L. 8. L. 11. C. de omn. agr. desert.* Por lo demas, si se considera que estamos tratando la materia de contratos, fácilmente se echará de ver que aqui no consideramos la enfitéusis como derecho en la cosa, sino como derecho á la cosa, obligacion ó contrato. Asi, pues, esplicaremos brevemente: 1.º qué viene á ser contrato de enfitéusis, §. 933. 934.: 2.º cuáles son los derechos del enfitéuta, §. 935. 936.: 3.º cuál es su obligacion, §. 937.: 4.º cómo se acaba la enfitéusis, §. 938.; y 5.º qué acciones nacen de este contrato, §. 939. 940.

§. CMXXXIII. CMXXXIV.

Qué cosa sea el contrato de enfitéusis, lo sabremos parte por la definicion y parte por los axiomas que se derivan de ella, y que tambien espondremos. La definicion está concebida en estos términos: *es un contrato consensual por el que se concede á otro el dominio útil de un prédio, para siempre ó para largo tiempo, por cierto canon ánuo que se debe pagar en reconocimiento del dominio.* Decimos que es un contrato

16 De la locacion y conduccion.

consensual, pues esta es la naturaleza que le atribuyó Zenon, segun consta de la *L. 1. C. de jur. emphyt.*, y del §. 13. *Inst. h. t.*: y como para que valga un contrato consensual nada mas se requiere que el consentimiento de ambos contrayentes, §. 895., se deducen dos axiomas: 1.º que el contrato está perfeccionado tan pronto como consienten los contrayentes; y 2.º que la escritura solo se requiere para prueba, especialmente segun la *Nov. VII. pr.*, y la *Nov. CXX.* en la enfitéusis eclesiástica. De un modo diverso opina Pajenstécher en sus *Aphor. h. t.*, pues considera como literal este contrato, y por consiguiente cree que las letras pertenecen á su esencia. Pero esto seria contra la naturaleza de los contratos consensuales, que no necesitan de letra á no ser que entre los contrayentes se convenga en reducir á escrito las condiciones y leyes del contrato. En el §. 3. *Inst. h. t.*, se hace tambien mencion de escritura, mas no porque ella entre en la esencia de este contrato, sino porque nadie es tan necio que dé sin escritura á otro un campo enfitéutico, siendo de temer que con el transcurso del tiempo niegue el poseedor la cualidad enfitéutica del terreno, y quiera quedarse con el dominio pleno. En cuyo caso el dueño de la enfitéusis, destituido de esta escritura no tendrá ninguna prueba en su favor. Decimos por último en la definicion que es un contrato consensual para *conceder el dominio útil*; porque del contrato no nace dominio, sino que tan solo se promete, y el dominio se adquiere por subsiguiente tradicion. Y de aqui el tercer axioma, segun el

cual el derecho en la cosa se deriva de la tradicion que sigue á este contrato. La razon de esto queda espuesta en el §. 339. Finalmente, añadimos en la definicion *por cierto cánon anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio;* sobre lo cual se debe notar la diferencia que media entre la locacion y conduccion, y la enfitéusis. Porque 1.º el conductor paga una *merced*, y el enfitéuta un *cánon*: 2.º aquella es proporcionada á los frutos ó productos de la cosa, y este moderado, y con frecuencia en sumo grado ínfimo; 3.º aquella se paga por el uso de una cosa ajena, y este por una cosa propia en reconocimiento del dominio superior ó directo.

§. CMXXXV. CMXXXVI.

Hemos visto lo que es el contrato enfitéutico; ahora trataremos de los *derechos del enfitéuta*, los cuales consisten parte en disponer y enajenar, y parte en percibir los frutos y usar de vindicacion. Todo esto esplicaremos por su órden. 1.º El enfitéuta percibe todos los frutos, aun los tesoros que se encuentren, porque es señor útil; y aun cuando este caso del tesoro no se halle decidido en las leyes (razon porque Harprecht y otros sostienen que el tesoro encontrado en el fondo enfitéutico no pertenece al enfitéuta, pues tampoco el usufructuario se queda con ningun tesoro, *L. 7. §. 12. ff. sol. matr.*); no obstante, repugna á la analogía del derecho el argumento deducido del usufructo para aplicarse al dominio. El dueño sin duda alguna recoge de su cosa todos los frutos, no

solo los ordinarios, sino tambien los estraordinarios. 2.º Puede tambien el enfitéuta imponer servidumbre en el fundo, lo cual no es permitido el usufructuario; puede igualmente mudar la superficie del terreno, cosa que tampoco el usufructuario no podia, *L. 13 §. pen. L. 44. ff. de usufr.* Puede empeñar, dar, permutar, todo lo cual escede las facultades del usufructuario. Empero cuando decimos que el enfitéuta puede mudar el aspecto del fundo, no queremos dar á entender que pueda empeorar el campo. Esto seria contrario al fin de la enfitéutis: la cual queda dicho se estableció para que el campo inculto se cultivase, y por consiguiente se mejorase, *Auth. qui rem, Cod. de S. S. eccl.* 3.º Puede el enfitéuta vender la cosa, pero con obligacion de denunciar al señor esta venta. Esto no quiere decir que se requiera el consentimiento del señor, como sucede en los feudos; sino que si se necesita esta denunciacion, es porque al señor conceden las leyes el derecho de *preferencia (protimesis)*, y por tanto puede deliberar si comprará él mismo ó no comprará la cosa. Por eso si el señor no quiere comprar, ó no declara su voluntad dentro de dos meses, puede entonces el enfitéuta vender la cosa segun le plazca, *L. 3. C. de jur. emphyt.* 4.º Al modo que recoge todos los frutos de la cosa enfitéutica, con razon debe tambien pagar los tributos y demas pensiones anejas á la misma cosa, y está obligado á mostrar al señor los recibos, siempre que este quiera revisarlos, *L. 2. C. eod.* 5.º Y por quanto es un efecto del dominio que el dueño pueda

vindicar su cosa de cualquier poseedor, el mismo derecho compete tambien al enfitéuta; quien aun del mismo señor de la enfitéusis puede vindicar el fundo enfitéutico, L. 1. §. *últ.* L. *últ.* ff. *h. t.* Puede parecer extraño y absurdo esto de que yo vindique la cosa del mismo dueño de ella; pero la dificultad se salva, diciendo que el enfitéuta vindica el dominio útil del señor directo, á quien no compete este dominio. Del mismo modo tambien el señor directo puede vindicar su dominio de cualquier poseedor, hasta del mismo enfitéuta. 6.º Finalmente, asi como es un derecho propio del dueño el transmitir una cosa suya á herederos y á extraños, ó por última voluntad, ó abintestato, asi tambien goza de igual derecho el enfitéuta. Pero debe notarse que si la cosa enfitéutica se devuelve al heredero, nada hay que pagar; pero si es á extraños, estos tienen que pagar al señor el *laudemio*, que segun las leyes consiste en la quincuajésima parte del precio, v. gr., en el dos por ciento. Asi es que se tasa el prédio enfitéutico, y si su precio es por ejemplo de dos mil florines, por via de laudemio se pagarán cuarenta, L. 3. *C. de jure emphyt.* Pero las costumbres en esta parte son muy varias, y sobre esta materia escribió el célebre jurisconsulto Franzkio un tratado particular, en que con claridad espone lo que sobre esta materia se observa en varias naciones.

§. CMXXXVII.

Vamos ahora á tratar 3.^o de las *obligaciones del enfiteuta*. Estas consisten 1.^o en el cánon anual que debe pagar puntualmente al tiempo convenido. Si pues no paga al dueño secular dentro de tres años, ó á la iglesia dentro de dos, el enfiteuta pierde su derecho. *L. 2. C. de jure emphyt. Nov. VII. C. 3. §. 2.* Además de observarse 2.^o que este cánon no se perdona, aun cuando el enfiteuta no pudiese usar del campo ni percibir frutos de él por esterilidad, incursion de enemigos ú otro caso fatal, *L. 1. C. de jure emphyt.* Otra cosa dijimos estar dispuesta por derecho en la locacion y conduccion, §. 924 6. Por qué tanta variedad? La razon de la diferencia está en que la merced se paga en la locacion y conduccion por el uso de una cosa ajena; y por consiguiente, cesando el uso tambien debe cesar la merced. Pero el cánon se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio, §. 933.; y por lo mismo que pueda que no pueda usar de la cosa, debe no obstante reconocer el dominio, y por tanto pagar el cánon. De lo cual por último se deduce 3.^o que pereciendo todo el fundo por un terremoto ó inundacion, tambien debe cesar el cánon; porque una cosa que ya no existe no puede tener dueño. Luego en este caso nada puede pagarse en reconocimiento del dominio. *L. 1. C. de jure emphyt.*

§. DMXXXVIII.

4.º Los modos con que se acaba una enfitéusis se deducen fácilmente de la misma naturaleza del contrato. 1.º El primer modo es la *destrucción de la cosa*, y de él se ha tratado en el §. anterior. Las cosas que no existen no pueden tener ningunas cualidades, ni dueño, ni prestar utilidad alguna. 2.º El segundo es la *consolidación*. Ya sea pues que el dueño directo adquiriera con cualquier justo título el dominio útil, ya el dueño ó enfitéuta el dominio directo, el campo deja de ser enfitéutico, y pasa al pleno dominio del poseedor. 3.º El tercero es la *prescripción*. Porque si por espacio de diez años, estando el dueño presente, ó de veinte estando ausente, el enfitéuta no pagase el cánon, y el dueño permaneciere tranquilo, el enfitéuta adquiere por la prescripción el dominio pleno, L. 15. §. 27. *C. de damn. infect.* 4.º El cuarto modo es la *tardanza ó morosidad consentida en pagar el cánon*. Porque si el enfitéuta no pagare al dueño secular dentro de tres años, ó á la iglesia dentro de dos el cánon convenido, ya dijimos poco antes que podría ser echado y privado del campo. No obstante, por derecho canónico, *C. ult. X. de locat.*, si antes de que el dueño trate de echar un enfitéuta, ofrece todavía éste el cánon purgando así la tardanza, la privación cesa, porque se considera que el dueño al recibir el cánon perdonó esta tardanza al enfitéuta. 5.º El quinto modo es la *venta de la cosa hecha sin conocimiento del*

dueño, del cual hemos hablado en el §. 935. 3. 6.º El sexto y último modo es si el fundo dado en enfitéusis en vez de mejorarse se empeora en sumo grado; pues repugnando esto al fin del contrato enfitéutico, que es el cultivo de un campo inculto y su mejora, con razon pierde el tal campo el que directamente contraviene este fin, *Auth. si rem, C. de SS. eccles.*

§. CMXXXIX. CMXL.

Falta la quinta y última parte de este apéndice, en la cual hablaremos de las *acciones* que resultan de este contrato. Las que de él derivan son dos, porque ambos contrayentes por la misma naturaleza del contrato se obligan á algo, el señor á entregar el fundo, y el enfitéuta á pagar el cánon. Luego siendo el contrato bilateral, preciso es que las acciones que de él nacen sean dos, y estas directas, §. 782. Además, siendo este contrato nominado, las acciones serán tambien del mismo nombre, *enfitéuticas*. Una corresponde al enfitéuta contra el señor para que entregue la cosa ó prédio segun las leyes del contrato. La otra pertenece al señor contra el enfitéuta para que este pague todo lo que debe por el contrato, v. gr., el cánon, laudemio, etc. Ambas acciones son personales, porque nacen de un contrato de buena fe que es bilateral. Si pues tanto el enfitéuta como el señor intentan accion contra un tercero, esta accion será reivindicatoria, la cual no pertenece á este tratado.

TITULO XXVI.

De la sociedad.

§. CMXLI. — CMXLIII.

El cuarto contrato consensual es la *sociedad*, y acerca de él se tratará de explicar: 1.º que cosa sea: §. 941. 943.: 2.º de cuántas maneras, §. 944.: 3.º cómo se entabla, §. 945. 946.: 4.º cuál es la obligacion recíproca de los socios, §. 947. 948.: 5.º cómo se disuelve, §. 949. 950.: 6.º qué accion resulta de este contrato, §. 951. 952.

I. Por lo que hace á la primera parte daremos la definicion de la sociedad. Mas para que esta no se confunda con la *comunion de cosas* espondremos las principales diferencias. (a) La sociedad es un contrato; la comunion de cosas un cuasi contrato. (b) Aquella se entabla por verdadero consentimiento de los socios; en este tambien entramos contra nuestra voluntad, por ejemplo, si á mí y á Ticio se nos da, lega, etc. una cosa (c) De la sociedad nace la accion *de sociedad* (*pro socio*) meramente personal; de la comunion de cosas se deriva la accion *de division de bienes* (*communi dividendo*), que es de naturaleza mixta. Tratemos ya de la sociedad. Esta es un contrato consensual entablado para comunicarse los bienes ó la industria con el fin de obtener una ganancia comun. Decimos que es un contrato consensual; porque se perfecciona con el solo consentimiento, de manera que no se necesita escritura ni otra cosa

alguna para perfeccionar este contrato. Es verdad que deben los socios entregar el dinero que han prometido reunir en comun, pero esta tradicion es un efecto del contrato, como sucede en la venta, y no pertenece á su esencia. Mas es; en la sociedad universal ni siquiera se necesita de tradicion, porque se presume hecha, L. 1. §. 1. L. 2. ff. h. t., á escepcion de los nombres, es decir, obligaciones y acciones, para comunicarlas, por ser inherentes á la persona, ni aun basta la tradicion, sino que se requiere una cesion mútua, L. 3. ff. eod., que en las letras de cambio tiene un nombre particular, y se llama *endorso*.

§. CMXLIV.

II. Ahora vamos á ver de cuántos modos es la sociedad. Se divide en *universal*, *jeneral* y *singular*. Universal es cuando los socios se comunican todos los bienes presentes y futuros, con cualquier titulo que sean adquiridos, L. 5. §. 1. ff. h. t. Tal es la que habian entablado los primitivos cristianos, quienes reunian en comun todos sus haberes, de suerte que ninguno de ellos decia esto es mio, *Act. Ap. 4. 32*. Tal es tambien la que hoy se observa entre los monjes y monjas, cuyas moradas tomaron el nombre de Cenobios, de su vida comun, de cuyo vocablo usaban tambien los antiguos Pitagóricos, segun Jamblichó, *vib. Pihl*. Se llama sociedad jeneral cuando los socios se comunican recíprocamente lo que proviene de las ganancias, no lo demas que se adquiere por be-

neficio de la fortuna. Esto es mas raro, no obstante que en algunos parajes se observa entre los cónyuges, los cuales tienen en comun lo que adquieren durante el matrimonio, bien que lo que les viene por herencia ú otro título lo reserva cada uno para sí. Finalmente, hay sociedad singular cuando esta se entabla para una sola cosa ó negocio, *L. 5 pr. 52. §. 5. ff. h. t.* Estas son muy frecuentes entre los comerciantes, y se llaman compañías.

§. CMXLV. CMXLVI.

III. Con esto se entenderá fácilmente cómo se contrae esta sociedad. Todo viene á parar en que se entabla por *consentimiento*, y de aqui se infiere: 1.º que tambien es válida una sociedad desigual, *L. 5. §. 1. ff. pro soc.* Asi, por ejemplo, si Ticio pone veinte mil, Mevio diez mil y Javoleno ochenta mil, no menos socios serán que si cada uno pusiese una misma cantidad. 2.º Y aun valdrá la sociedad en que uno ponga la cosa y otro la industria, *L. 1. §. 1. ff. eod.*; v. gr., si Ticio pone veinte mil, Mevio quince mil, y Semprouio promete dirigir toda la negociacion, emprender viajes, mantener la correspondencia, etc., este será socio aunque no ha puesto ningun dinero. Aqui deben no obstante observarse dos cosas: (a) que la industria ó trabajo debe ser honesto y lícito. Asi, pues, si uno de los socios promete contribuir al adelantamiento de la sociedad engañando á los compradores y defraudando á la Real hacienda, esta sociedad será nula, *L. 52. §. 17. L. 53. ff. pro soc.*;

porque sobre las cosas torpes, como moralmente imposibles, no puede haber ninguna obligacion. (b) Va mucha diferencia en que uno ponga su industria como socio, ó en que lo haga como factor por cierto estipendio. En este último caso el que pone la industria no es participante de los daños, y debe contentarse con su salario, y si se le niega este, puede pedirlo, no por la accion de sociedad (*pro socio*) sino por la accion de locacion (*locati*). 3.º Es nula la sociedad que se contrae por causa de donacion, por ejemplo, esta: yo pondré veinte mil, tú diez mil; todo lo que se gane será tuyo, y los daños serán comunes. Vale sí como donacion este convenio, con tal que si escede de quinientos sueldos (*) se registre en las actas,

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

Así permaneció esta moneda tosca hasta que, cerca de ciento ochenta años después, Servio Tulio, sexto rey de los romanos, conociendo la incomodidad que resultaba de andar siempre con el peso para la compra de las cosas de poco valor y mercaderías de primera necesidad, mandó mudar su forma y batir el *as* de figura redonda, con el peso fijo de una libra, marcando en ambos lados figuras de deidades, hombres y animales, añadiéndoles

pero no vale como sociedad, porque esta se entabla para conseguir una ganancia comun. Y asi es como debe entenderse la L. 5. §. ult. ff. *pro soc.* 4.º Por último, tampoco es lícita la

tambien números para conocer su peso y valor: el dipondio tiene dos II ó dos LL que queria decir dos libras ó ases, pero los impresores los señalan así H: el sestercio dos LL y una S (*semis*, mitad) en esta forma L. L. S. que quiere decir dos libras y media, y el donario tenia una X, porque valia diez ases.

Mas despues que los romanos adquirieron por medio de sus conquistas la plata de los pueblos vencidos, empezaron á usarla para sus monedas; y asi es, que poco antes de la primera guerra púnica, sobre el año 585 de Roma, vemos batir la moneda de plata: la de mas ínfimo valor era el sestercio, el cual valia dos ases y medio, y tenia marcadas en él las letras L. L. S.: la del quinario, que valia dos sestercios y medio, y tenia marcada en él la letra ó número V, porque valia cinco ases: el denario, cuyo peso justo era de una dracma, tenia por un lado la figura de Juno y por otro la del bajel en que habia llegado Saturno á Italia, por cuya razon llamaban á estos denarios *ratiti*, y valia cada uno cuatro sestercios, y tenian marcada una X, porque valia diez ases: tambien habia otros denarios que tenian las figuras de Castor y Palas, ó una victoria guiada por un carro tirado por dos ó por cuatro caballos, y se llamaban *bigati* ó *cuadrigati*. El talento se usaba en varios pueblos de la antigüedad, en los cuales variaba su peso y valor, por cuya razon es dificultoso reducirle á nuestra moneda; no obstante puede decirse que los romanos conocieron tres clases de talentos de plata; el mas pequeño pesaba cincuenta libras; el mediano setenta y dos, y ciento veinte el mayor. Los historiadores hablan comunmente del talento ático, y le distinguen en mayor y menor: el menor era de setenta libras, ó minas, de doce onzas la libra, que hacen ocho mil setecientos cincuenta y cinco reales y cinco maravedises de vellon; y

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

§. CMXLVII. CMXLVIII.

IV. Ahora corresponde hablar de la obligacion de los socios, que principalmente se reduce á dos capítulos: 1.^o que el socio preste al socio cierta diligencia en la cosa comun: 2.^o que las ganancias y perjuicios se dividan entre los socios. Por lo que hace á la *primera* obligacion, se ha de notar acerca de ella: (a) que el socio está obligado en concreto á pagar la culpa leve al socio. Qué cosa sea culpa leve en concreto, ya queda dicho en el §. 789., donde á la verdad no se

el mayor de ochenta libras ó minas, que valen once mil seis-cientos setenta y nueve reales con veinte y ocho maravedises; y siempre entendian el menor cuando hablaban en jeneral del talento. Pero segun el cómputo de Budeo, valia el primero quatro mil reales, y cinco mil trescientos treinta y dos el segundo.

Los romanos conocieron tambien las monedas de oro: tuvieron el sueldo, que era de peso justo y entero, y valia veinte y cinco denarios; aunque despues se alteró su peso y valor. Y el talento que era tambien mayor y menor, el menor valia ciento doce mil setecientos cincuenta y ocho reales y diez y ocho maravedises, y el mayor ciento cincuenta mil trescientos cuarenta y cinco reales. Pero Budeo solo refiere el de una clase, y valia segun él sesenta mil reales.

considera la diligencia que suele usar en negocios propios un padre de familia bueno y frugal, sino la que un socio emplea en una cosa propia. La razon que dan de esto vulgarmente, es que el mismo socio se suele escojer compañero, y por tanto debe contentarse con la industria de este. Pues esta razon no basta, porque el mismo derecho se observa en la comunion de cosa, L. 25. §. 16, *ff. fam. ercisc.*, en la cual sin embargo entramos contra nuestra voluntad, L. 31. L. 32. L. 37, *ff. pro soc.* Luego mas bien debe decirse que la razon porque se exige menor diligencia, es porque el socio debe imputarse el no haberse apartado de la sociedad contraida con un hombre negligente.

(b) Que este contrato es famoso, y por tanto se hace infame el que es condenado en virtud de una accion dolosa de *sociedad*, L. 1. *ff. de his qui not. infam.* En efecto, los socios son como hermanos, L. 63. *ff. pro soc.*; y qué cosa mas torpe que el que un socio sea engañado por otro socio, y un hermano por un hermano?

(c) Que el socio, á la manera de un hermano, debe al socio el beneficio de competencia. L. 63. *pr. ff. eod.*; es decir, que el socio reconvenido y condenado no presta mas que lo que puede pagar, de cuyo beneficio se hablará mas abajo en el §. 1199. y sig. La otra obligacion de los socios consiste en la igual division de las ganancias y los daños. Sobre esto debe observarse, (a) que en la sociedad universal no se requiere ninguna igualdad, L. 37. *pr. §. 1. ff. h. t.* Por eso si los bienes de Ticio son cincuenta mil, los de Mevio doce mil, y aquel necesita

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

§. CMXLIX. CML.

Hemos dicho cómo se entabla la sociedad, y cuál sea la obligacion de los socios. Ahora se pregunta: IV. como se disuelve. Los modos con que esto se verifica son varios. 1.º El primero es la *muerte*, aunque no sea mas que de uno solo de los socios, §. 5. *Inst. h. t.* Y no importa que la muerte sea natural ó civil, porque tanto los siervos como los deportados se reputan por muertos, *L. penult. ff. de R. J.* Mas es, que aun cuando entre los socios se conviniere que la sociedad pase á los herederos, este pacto sin embargo no vale, ni impide el que la sociedad se disuelva por muerte de uno de los socios, *L. 35. L. 59. ff. pro soc.* Todo esto es singular, pero este contrato es odioso por el inconveniente de las discordias que suelen orijinarse de una sociedad, y de tal naturaleza, que lo que se elije es la industria de una persona, y esta no tiene relacion con los herederos. 2.º Otro modo de acabarse es el *mútuo disentimiento*; porque qué cosa mas natural que el que una cosa se disuelva del mismo modo que se ha unido? *L. 35. ff. de R. J.* Asi, pues, entablándose la sociedad por consentimiento, por qué no ha de disolverse por disentimiento mútuo? *L. 63. §. ult. ff. h. t.* 3.º El tercer modo es la *renuncia de uno*, lo cual aqui y en el mandato es singular; pues en estos contratos el uno puede eximirse de la obligacion contra la voluntad del otro. En el mandato se verifica esto asi, por cuanto se elije la industria de la persona; no aparecien-

do la cual, el mandante revoca el mandato. Pero en la sociedad milita además otra razón; y es el ser origen de discordias. Por esto las leyes quisieron más bien dar libertad á cualquiera de los socios para renunciar la sociedad, que permitir el que ésta fuese un manantial de pleitos y disensiones. Mas qué sucederá si se conviniere que la sociedad dure hasta cierto tiempo ó para siempre? Qué sucederá si los socios renunciaren al derecho de que acabamos de hablar? Apesar de todo esto podian los socios apartarse de la sociedad segun su antojo, L. 14. L. 70. ff. eod. Solamente el dolo es el que no favorecen las leyes, y por tanto seria nula la renuncia si uno de los socios renunciase fraudulenta é intempestivamente estando ausente el otro socio; por ejemplo, el que entabló una sociedad universal hace su renuncia porque ve que está para tocarle una herencia que él no quiere comunicar con el socio, §. 4. *Inst. h. t.*

4.º El cuarto modo es la *conclusion del negocio* por el cual se entabló la sociedad; por ejemplo, si formamos sociedad para comprar y vender trigo, en haciéndose esto estará la sociedad concluida. 5.º El quinto modo es el *tiempo* por el cual se entabló la sociedad, v. gr., una sociedad formada por cinco años espirará pasados estos, lo cual no es de estrañar cuando aun antes de acabarse este tiempo es lícito apartarse de ella. 6.º El sexto modo es la *cesion ó publicacion de bienes*. Ya sea pues que el socio oprimido por la magnitud de las deudas ceda sus bienes á los acreedores, ó que por algun delito se le hayan confiscado sus bienes, la so-

ciudad espira, porque no queda nada en que puedan ser socios, L. 65. §. 1. 2. ff. h. t. 7.º Finalmente, el último modo es la *destrucción de la cosa* por la misma razón. Si pues dos comerciantes son socios en una tienda comun, si esta se quema cesará la sociedad, á no ser que de nuevo la entablaren, L. 63. §. ult. ff. eod.

§. CMLI. CMLII.

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

TITULO XXVII.

Del mandato.

§. CMLIII. CMLIV.

La última especie de contratos consensuales es el mandato, y acerca de él se explicará: 1.º qué cosa sea, §. 953. 954.: 2.º de cuántas

maneras, §. 955. 958.: 3.º cuál es la naturaleza de este contrato, §. 959. 960.: 4.º cómo se acaba, §. 961.: 5.º qué acciones nacen de este contrato, §. 992. 994.

I. Qué cosa sea mandato lo manifiesta la definición. *Es un contrato consensual por el cual uno se encarga de administrar y dirigir gratuitamente un negocio honesto que otro lo encomienda por la confianza que en él tiene.* Decimos que es un contrato porque antiguamente no lo era, sino tan solo un negocio que se solia hacer entre amigos, sin que produjese obligacion perfecta unida con coaccion, sino imperfecta, por parecer que pecaba contra lo honesto y las leyes de la amistad el que frustraba la esperanza de su amigo. Observa esto Ger. Noodt. en sus *Coment. ad Pandect. h. t. p. 371. t. 2.* de sus *Ob.*, y en el *lib. IV. cap. 12. §. 1. Probabil.*, y segun Plauto, *Captiv. Act. II. Scen III. v. 32.*, nota que antiguamente los amigos al hacerse un encargo se daban su mano derecha. Por eso tambien en Plauto dice Tindaro estas palabras; *Haec per dextram tuam te, dextera retinens manu obsecro, infidelior mihi ne suas, quan ego sum tibi.* Y así es que se llamó mandato de la palabra latina *mandatio*, segun S. Isidor., *Orig. lib. 4. cap. 24.* Así sucedió en los tiempos antiguos. Mas como despues empezase á notarse perfidia en los hombres, pareció conveniente á los romanos dar al mandato la naturaleza de los contratos, y conceder por él una accion particular. Decimos ademas que es un contrato *consensual*, porque se requiere verdadero consentimiento por ambas partes. Por esto, si uno toma

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

§. CMLV. — CMLVIII.

II. Hasta aqui hemos explicado qué cosa es mandato, ahora veremos de cuántas maneras sea. Tiene muchas divisiones: 1.º uno es *expreso*, que se hace con palabras ya habladas, ya escritas; y otro *tácito*, que se hace con un hecho del cual puede inferirse que hay consentimiento. Por ejemplo: si uno ve á otro dirigir sus negocios, y calla y lo consiente, parece que aqui media mandato, L. 9. §. 7. ff. *mand. L. 60. ff. de R. J.* Podemos añadir otro tercer miembro, á saber, mandato *presunto*, que se colije de parentesco

ó de amistad. Si, v. gr., el marido desempeña negocios de su mujer, aunque no presente mandato, se presume no obstante que lo tiene. Pero en este caso siempre exige el derecho una caucion de que la cosa se tendrá por valedera. L. 35. pr. L. 40. ult. ff. mand. 2.º Un mandato se llama *jeneral* en el que se encomiendan á otro todos los negocios ó bienes; y otro *especial*, por el que se confia cierto negocio particular. 3.º Uno es *judicial*, por el que se encargan negocios judiciales; y otro *extrajudicial*, por el que se confian negocios domésticos y extrajudiciales. 4.º Uno es puro, v. gr., cuando se dice: haz este negocio; y otro para cierto dia (*in diem*); por ejemplo: te encargo este negocio si te hicieres doctor en leyes. 5.º Uno es *en cosa suya*, y otro *en cosa ajena*. El primero es si alguno se encarga de un negocio ajeno, pero de suerte que perciba de él toda la utilidad; el segundo si uno toma sobre sí un negocio ajeno para utilidad ajena. El segundo es el que se hace ordinariamente; el primero se verifica por cesion. Pues si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam me debe mil, y yo cedo esta suma á un hermano, en este caso el hermano obra contra el comerciante como mandatario mio, porque á él nada se le debe. Mas por cuanto si sale victorioso adquiere para sí estos mil, se dice que es mandatario en cosa suya, L. 33. §. 1. L. 36. ff. de procur.

§. CMLIX. CMLX.

III. Ahora exige ya el orden que tratemos de la naturaleza del mandato, y de lo que dispone el derecho acerca de él. Lo manifestaremos brevemente por medio de siete conclusiones derivadas de la definición. A saber: 1.º el mandato se contrae con solo el consentimiento de ambos por ser contrato consensual. Pero añadimos dos cosas; una es que en juicio suele exigirse mandato por escrito, pero esto no es sino por causa de prueba, para que conste al juez y al contrario que es verdadero procurador; por lo cual esta escritura no pertenece á la sustancia del contrato. Otra es que la ratificación se tiene por consentimiento, pues se retrotrae al principio del negocio, L. 50. ff. *mant.* 2.º No se puede mandar una cosa ilícita, ni de semejante contrato resulta obligación, §. 7. *Inst. h. t.* De aquí es que si uno manda á un ladrón que mate á Mevio, el ladrón aunque se encargase de este mandato no por eso queda obligado por él. Decimos que de este contrato no hace obligación ninguna, aunque por el delito se obligan ambos al castigo. 3.º El mandato no admite merced, sino tan solo honorario, cuya diferencia de la merced hemos explicado arriba en el §. 800. Por eso los procuradores judiciales son mandatarios, aunque no acostumbren hacer nada de valde. Y esto es común á todos los contratos gratuitos, como el comodato, depósito, mandato y jestion de negocios. 4.º El mandatario que traspasa los fines del mau-

dato nada hace, L. 5. *ff. h. t.* Por lo cual si los traspasó, ni siquiera tiene la accion de la jestion de negocios, L. 41. *ff. eod.* Esto sin embargo no impide el que pueda esplicarse ó por otro ó por equivalente mandato, L. 8. §. 3. L. 46. L. 62. §. *ult. ff. h. t.* 5.º El mandatario por lo regular no puede sustituir, porque el que manda elije la industria de la persona, cuya confianza podemos no poner en la destreza del sustituto del mandatario. Otra cuestion es si en caso de sustituir el mandatario y desempeñar bien la cosa el sustituto, está obligado el mandante á dar su aprobacion? Sin duda debe afirmarse, por quanto el mandante ha logrado su fin, L. 8. §. 3. *ff. eod.* 6.º El mandatario está obligado á la culpa levisima; y la razou de esto la hemos dado arriba en el §. 788. *ax 3.* 7.º Tambien este contrato es famoso, y por tanto se hace infame el mandatario que es condenado por dolo. Porque, qué cosa mas torpe que burlar la esperanza de un amigo? *Cic. pro S. Rosc. c. 38.*; y aun tiene este contrato algo de singular sobre este punto, porque siendo asi que en otros casos son notados de infamia tan solo los que salen condenados por la accion directa que nace del contrato, L. 1. *ff. de his qui not. inf.*, aqui tambien el reconvenido por la accion contraria del mandato se hace infame; á saber, si el que manda á otro que aliance le niega despues dolosamente la indemnizacion; sobre cuyo caso puede verse la L. 6. §. 5. *ff. de his qui not. infam.*

§. CMLXI.

IV. Los modos de acabarse el mandato fácilmente se infieren de su naturaleza misma. Acábase 1.º por *mútuo disentiimiento*; porque nada hay tan natural que el que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, L. 35. ff. de R. J. 2.º Se concluye por *revocacion del mandante*, con tal que se haga estando íntegro el negocio, §. 9. *Inst. h. t.* Porque si el negocio está ya comenzado, hay, sí, todavía lugar á la revocacion, pero no de otra suerte sino quedando indemne el mandatario. La razon de esto se ha dado en el título anterior, §. 950. Se acaba 3.º por la *renuncia* no intempestiva del mandatario. Porque asi como el mandante puede libremente revocar el mandato, asi tambien el mandatario puede renunciarlo á su antojo, con tal que lo haga con oportunidad, §. 11. *Inst. h. t.* Efectivamente, si por ejemplo, un procurador mio en Alemania, habiendo recaído una sentencia adversa, renunciase el mandato siendo esto causa de ser yo excluido de la apelacion, esta renuncia seria intempestiva. Conclúyese 4.º por *muerte de los contrayentes*. Pues elijiéndose la industria de la persona no puede el mandato pasar á los herederos. Y ademas, estableciéndose el mandato en virtud de amistad, muchas veces sucederia que el heredero del mandante no fuese tan amigo mio como el difunto. La muerte todo lo disuelve.

§. CMLXII. CMLXIII. CMLXIV.

V. Falta que expliquemos la accion que se deriva de este contrato. Por ser este bilateral son dos las acciones. §. 782.; pues el mandatario se obliga desde el principio por la naturaleza misma del contrato, y el mandante por lo que resulte; es decir, si el mandatario hizo algunos gastos ó sufrió algunos perjuicios. Una de estas acciones es *directa*, la otra *contraria*, §. 782. Finalmente, por razon de ser este contrato nominado es preciso que la accion que de él resulta sea del mismo nombre, y por eso se llama *accion de mandato directa y contraria*. Por aquella obra el mandante contra el mandatario para que se concluya y desempeñe el negocio, se den cuentas, se entregue la cosa adquirida por el mandato, se presten los daños, en una palabra, para todo aquello á que el mandatario está obligado por el contrato. Por esta obra el mandatario contra el mandante para obtener indemnizacion, puesto que la naturaleza de todas las acciones contrarias se dirige á conseguirla, §. 782.

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos.

§. CMLXV. CMLXVI.

Llevamos explicados todos los contratos *verdaderos nominados*, tanto los reales, tit. 15.

como los verbales, tít. 16. 17. Ahora debieran seguir los *innominados* *doy para que des*, *doy para que hagas*, *hago para que des*; *hago para que hagas*; pero los ha omitido Justiniano. Habiendo pues hasta aqui tratado de los verdaderos contratos, siguen los *cuasi contratos*; y los definimos de esta manera: *cuasi contratos son unos hechos honestos, por los cuales se obligan los hombres aun ignorándolo, en virtud de un consentimiento que se presume por equidad.* Decimos *unos hechos honestos*, porque en cuanto á las cosas torpes no hay ninguna obligacion, segun dijimos en el título anterior, §. 953. Añadimos que la obligacion nace *de un consentimiento presumido* ó *finjido*; porque la diferencia que arriba en el §. 268. hemos señalado entre los verdaderos y los *cuasi contratos*, es el que aquellos nacen de un consentimiento verdadero, y estos de uno finjido ó presunto. Mas por cuanto la ley nada puede finjir sin fundamento (porque quién podria tolerar á un legislador que finjiese que sus súbditos habian cometido un horto, no habiéndolo cometido en realidad?) se pregunta: cuáles son estos fundamentos? La *equidad* y la *utilidad*.

§. CMLXVII.

Espondremos pues algunas reglas, por las que aparezca cuando las leyes pueden finjir ó presumir que uno ha consentido. 1.º *Se presume que todos consienten en aquello que les trae utilidad.* Por este fundamento se obliga el pupilo al tutor á la indemnizacion, aunque sea in-

42 De las obligaciones que resultan, etc.

fante, y por tanto no haya consentido nunca en la tutela. 2.^o *De nadie se presume que quiera enriquecerse á costa de otro.* Por este fundamento está obligado á la restitucion aquel á quien por error se pagó lo que no se le debia. Estas son las principales reglas. Pero en nuestras *Pandectas P. I.* §. 362. añadimos: 3.^o *el que quiere lo que antecede no puede dejar de querer lo que sigue.* Por esta razon se obliga el marinero, tabernero y posadero, en el caso de haber recibido cosas mias, á prestar el daño causado en ellas.

§. CMLXVIII.

Con estas premisas sobre la naturaleza de los cuasi contratos; pasaremos ahora á tratar de ellos; y aunque son muchos, aqui sin embargo no hablaremos mas que de seis. 1.^o *Jestion ó ajencia de negocios*, §. 969. 974. 2.^o *Comunion de herencia*, y 4.^o *comunion de cosas*. §. 980. 984. 5.^o *Adicion de herencia*, §. 985. 986. 6.^o *Paga de lo indebido*, §. 987. 992. Tantas son las partes de este titulo: vamos ahora á hablar de cada una de ellas.

§. CMLXIX.

I. El primer cuasi contrato es la *gestion ó ajencia de negocios*, acerca de la cual se pregunta 1.^o qué cosa sea, §. 969: 2.^o qué obligacion mútua nace de él, §. 970. 971: 3.^o que acciones produce, §. 972. 974.

1.^o Qué cosa sea *gestion de negocios* lo ma-

nifiesta la definicion. *Es un cuasi contrato, por el que uno se encarga de manejar útil, espontánea y gratuitamente los negocios estrajudiciales de otro que lo ignora.* Esta definicion es preciso entenderla bien. Decimos que es un *cuasi contrato*, porque si hubiese un verdadero consentimiento de parte de ambos, el que desempeña los negocios ajenos no seria ajente de negocios, sino *mandatario* ó *procurador*. Decimos ademas; *los negocios de otro que lo ignora*; porque si este lo sabe y lo consiente, es un *mandato tácito*, del cual se ha tratado arriba en el §. 955. Si lo prohíbe no resulta ninguna obligacion. Añadimos que los negocios han de ser *estrajudiciales*, pues si uno toma sobre sí el negocio judicial de un ausente, se llamará *defensor*, no ajente de negocios. Y esta es la razon por qué tambien una mujer puede correr con negocios ajenos, L. 3. §. 1. *ff. neg. gest.*, sin embargo de que no puede pedir por otro en juicio, L. 1. *ff. de postul.*; y tambien porque hasta el pupilo obliga á un ausente corriendo con negocios de este, L. 3. §. 4. *ff. cod.* Por lo cual todo se reduce y se funda en que se haya promovido la utilidad de uno que esté ausente y lo ignore, por cuanto se considera que cualquiera consiente en lo que le trae utilidad, §. 967., ya sea mujer, ya sea pupilo quien la promueva. Por último, decimos en la definicion *espontánea y gratuitamente*, porque de otra manera ni seria *locacion*, ni contrato *doy para que dés*, por no haber el otro consentido en ninguna merced, ni en dar nada, ni tampoco seria *ajencia de negocios*, porque este contrato es gratuito.

§. CMLXX. CMLXXI.

2.º De este cuasi contrato nace una mútua y recíproca obligacion entre el ajente de negocios y los ausentes; y de ella vamos á tratar ahora.

(a) A tres conclusiones referiremos la obligacion de un ajente de negocios. (aa) Este debe dirigir y manejar los negocios útilmente; porque en tanto obliga al ausente en cuanto le proporciona utilidad, L. 10. ff. h. t. Asi es que si solo para objetos de recreo hiciese gastos en la cosa de un ausente, no tendrá la accion de los negocios hechos, de la misma manera que si tomase sobre sí un negocio ajeno por lucro y comodidad propia, L. 25. L. 27. L. 6. §. 3. ff. h. t. Pero una vez producida la utilidad al ausente, estará este obligado, aunque despues se interceptase esta utilidad, L. 10. §. 1. ff. h. t. (bb) El ajente de negocios por lo regular está obligado á la culpa levísima, L. 23. ff. de R. J. La razon es porque se ha ofrecido espontáneamente, §. 788. 3. Digo *por lo regular*, porque algunas veces tan solo está obligado á la *leve*, á saber, si administró una cosa comun ignorándolo el otro, L. 40 ff. de neg. gest. A veces solamente presta la culpa *lata*, esto es, cuando por necesidad ha tomado por su cuenta una cosa peligrosa, v. gr., para reparar casas que esten amenazando ruina, L. 3. §. 9. ff. eod. Hay veces en que sufre el *caso fortuito*, por ejemplo, si emprendió sin necesidad una cosa llena de riesgos, cosa que no solia hacer el ausente; v. gr.,

si uno con el dinero de un ausente hace una nave y la carga, y despues perece en un naufragio, siendo asi que el ausente nunca se habia dedicado á la navegacion marítima, L. 11. ff. d. 20. C. de neg. gest. (cc) El ajente de negocios está obligado á dar cuentas y restituir lo sobrante con usuras. Y la cosa es clara. El que administra cosas ajenas, tiene obligacion de dar cuentas de la administracion que ha tenido á su cargo. Pero hay de particular que el ajente de negocios que usa del dinero de un ausente, debe un interes de doce por ciento segun la L. 38. ff. h. t. Las leyes no favorecen á los que se entrometen en negocios ajenos.

(b) La obligacion del ausente se reduce á cinco puntos. (aa) El ajente de negocios tiene obligado hasta el ignorante, y aun al que todavía no existe en la naturaleza de las cosas, es decir, al que aun no ha nacido, L. 29. ff. h. t., y mucho mas (bb) al furioso, L. 3. §. 5. ff. de neg. gest.; y (cc) á aquel sobre cuya persona se ha errado: por ejemplo, si creyendo desempeñar los negocios de Ticio, se desempeñasen los negocios de otro que tambien se llamase Ticio, L. 5. §. 1. ff. eod. Porque no requiriéndose aqui un verdadero consentimiento, sino bastando que se haya promovido la utilidad de otro, no debe dudarse que tambien pueda promoverse la utilidad del que no tiene noticia, la del furioso y del que todavía no ha nacido. (dd) No cesa la obligacion del ausente porque la utilidad se haya casualmente interceptado, L. 10. §. 1. 1. 12. §. 2. ff. eod. Asi es que si, por ejemplo, reparé la ca-

46 *De las obligaciones que resultan, etc.*

sa de alguno, este me debe la indemnizacion, aun cuando despues pereciera por incendio la casa; la razon es porque en los contratos nadie paga el caso fortuito, §. 785. (ee) El ausente está obligado al agente de negocios á la indemnizacion, L. 3. L. 27. ff. eod. El fundamento de esto está en la regla segunda del §. 967. De nadie se presume que quiera enriquecerse con perjuicio de otro.

§. CMLXXII. — CMLXXIV.

3.º Resta hablar de las acciones que nacen de este quasi contrato. Llámanse acciones de *agencia de negocios*, y de ellas una es *directa* y otra *contraria*. Aquella, á saber, la directa, se da al ausente contra el agente de negocios para que dé cuentas, resarza los daños, restituya lo sobrante, y en fin, haga todo aquello á que dijimos estar obligado un agente de negocios, §. 970. Esta, es decir, la *contraria*, compete al agente de negocios contra el ausente para la indemnizacion, esto es, para cobrarse de los gastos necesarios y útiles, L. 2. L. 27. L. 43. ff. h. t., y para obtener el interes del dinero que pagó por el ausente, L. 19. §. 4. ff. L. 18. C. h. t.

§. CMLXXV.

II. Otro de los quasi contratos es la tutela; aunque esta puede considerarse de diversos modos. Respecto de la república es un cargo público; respecto del pupilo, es una cualidad de

los hombres *de su derecho*; como que entre estos unos están bajo tutela, otros bajo curaduría, y otros no están ligados por ninguno de estos derechos, §. 201. Finalmente, si consideramos la obligacion entre el tutor y el pupilo, dimana de un cuasi contrato. Pues aunque el pupilo no puede obligarse directamente ni consentir, sin embargo se presume que ha consentido por la regla espuesta en el §. 976: se supone que cualquiera consiente en aquello que le trae utilidad.

§. CMLXXVI. — CMLXXIX.

La accion que nace de este cuasi contrato es la accion *de la tutela*, que tambien es directa ó contraria. Por aquella obra en juicio el pupilo concluida la tutela; por esta el tutor: aquel para que se den cuentas y se resarzan los daños, este para la indemnizacion. Esto puede bastar si se añade, 1.º que estas acciones si se entablan por un menor contra un curador, ó por un curador contra un menor se llaman *útiles*; porque todas las acciones que no se derivan de las palabras de la ley, sino de la interpretacion de los jurisconsultos, llevan este nombre de útiles. 2.º Que estas acciones no se deben confundir con la accion *de los tutores sospechosos*, ni con la accion *de las cuentas fraudulentas*. La accion *de la tutela* viene de un cuasi contrato; las otras dos de delito. La accion *de la tutela* se da concluida la tutela; la *de los tutores sospechosos* durante la tutela; la *de las cuentas fraudulentas* dadas ya las cuentas, en

48 *De las obligaciones que resultan, etc.*

caso de que el tutor haya sustraído algo. La acción de la tutela compete para que se den las cuentas; la de los tutores sospechosos para la remoción del tutor que no ha obrado con fidelidad, la de las cuentas fraudulentas para conseguir el duplo de lo que se ha sustraído. Todas estas acciones son infamantes si aparece el dolo del tutor, y es condenado por ello.

§. CMLXXX. — CMLXXXIII.

III. IV. El tercer cuasi contrato es la *comunion de herencia*, y el cuarto la *comunion de cosas*, §. 3. 4. *Inst. h. t.* Pero propiamente hablando la comunión de herencia y de cosas es un derecho *en la cosa*, á saber, un derecho comun hereditario, ó un dominio comun. Mas la administracion de una herencia ó de una cosa comun es un cuasi contrato, porque del que administra se presume que consiente en dar cuentas, por cuanto el que quiere lo antecedente se supone que quiere tambien lo consiguiente; y se finje que aquel cuya herencia ó cosa es administrada, ha consentido en prestar la indemnizacion, puesto que nadie debe querer hacerse mas rico con perjuicio de otro, §. 967. 2. De la administracion de la herencia comun nace la acción de *dividir la herencia (familiae erciscundae)*; vocablo tomado de las XII tablas, donde se hallaba escrito: *nomina ereta cita sunt. Erectus* significa todo, íntegro, indiviso; *ciere* significa dividir. Y de aqui nació el compuesto *erciscere*, esto es, dividir el todo. Y como la palabra *familia* en las mismas XII tablas significa herencia,

toda la frase *familiam esciscere*, que tan ridícula ha parecido á Salmasio, forma un sentido perfecto, y quiere decir tanto como dividir toda la herencia, ó la herencia indivisa. Esta accion se da al coheredero contra el coheredero, para dividir la herencia comun, y para la restitution de los gastos y perjuicios. De esto se infiere, 1.º que esta accion se diferencia de la peticion de herencia, en que esta no se entabla contra el coheredero, sino contra el que posee como heredero ó poseedor; y no para dividir la herencia, sino para restituirla. 2.º Que esta accion es mista, porque siempre que pido una porcion de mi herencia, esto lo verifico en virtud de un derecho en la cosa; mas cuando trato de exijir las prestaciones personales, esto lo hago en virtud del cuasi contrato poco antes descrito, y por eso esta accion es personal, por mas que rehuse concederlo Westenberjo.

§. CMLXXXIV.

Vamos á esponer en pocas reglas de qué modo se verifica la division de herencia. 1.ª Las deudas se dividen *ipso jure*, y por tanto no necesitan de division. Si, pues, debió el difunto treinta mil, y son tres los herederos, *ipso jure* puede cada uno de ellos ser reconvenido por diez mil. Y si al difunto debió alguno seis mil, y son tres los herederos, *ipso jure* cada uno de ellos tiene accion á dos mil, L. 2. §. ult. L. 4. pr. ff. L. 6. C. *fam. esciscundae*. 2.ª Las cosas de uso prohibido no se dividen, por ejemplo, los venenos, libros prohibidos, etc.; en cuyo punto no

50 De las obligaciones que resultan, etc.

obstante debe el juez ser precabido, L. 4. §. 1. 2. ff. eod. 3.^a Los instrumentos comunes, el archivo, diplomas, escrituras, etc., no se dividen, sino que se depositan en poder del que tiene la mayor parte de la herencia, ó del de mayor edad, ó en algun edificio ú oficina, dándose á cada uno una copia, L. 5. ff. eod. 4.^a Cuando la cosa no puede dividirse cómodamente, el juez la adjudica toda á uno solo, obligándolo á que dé á los demas la correspondiente parte del precio, §. 4. *Inst. de off. jud.* Asi se verifica la accion *de dividir la herencia*, todo lo cual tiene tambien lugar en el juicio *de dividir lo comun*. Por lo que nos contentaremos con explicar la diferencia que media entre estas dos acciones. 1.^o La accion *de dividir la herencia* es universal; la accion *de dividir lo comun* es singular. 2.^o Aquella nace de la administracion de una herencia comun; esta de la administracion de una cosa comun, v. gr., un prédio. 3.^o Aquella se da contra un coheredero; esta contra un condueño. Empero conviene en ser mistas ambas acciones, en ser dobles, y en que ambos pueden hacer el papel de actor y reo; y por último, en que por ambas uno pide al otro la satisfaccion del daño causado por culpa leve en concreto, L. 25. §. 16. ff. *famil. ercisc.* La razon de esto queda dada en el §. 947.

§. CMLXXXV. CMLXXXVI.

V. El quinto cuasi contrato es la *adicion de herencia*. Como se haga esta ya lo hemos dicho en el libro anterior, §. 592. Aqui debe notarse

que el heredero que admite una herencia que se le ha dejado, quasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que queda obligado respecto de estos á pagarles los legados y fideicomisos, §. 3. *Inst. h. t.* Decimos que el que admite se obliga á los legatarios y fideicomisarios: y á los acreedores no se obliga tambien? no por cierto; porque á estos está obligado el heredero por el contrato hecho con el difunto. Si pues este debió ciento por razon de mútuo se entablará contra el heredero la accion *de mútuo*; pero si debe por estipulacion se obrará por medio de la accion *de estipulacion*, no en virtud de un quasi contrato, porque al heredero se trasladan todos los derechos del difunto, L. 2. §. 2. *ff. de V. S. L. 59. ff. de R. J.* Siendo asi pues que la adiccion de una herencia es un quasi contrato, examinemos qué accion nacerá de él. Se llama *accion personal de testamento*, y se da á los legatarios, fideicomisarios, y á cualesquiera á quien se debe algo por testamento contra el heredero que acepta (porque antes de la adiccion no es heredero un estraño, sino que tan solo se debe considerar como heredero el que pertenezca á la clase de los que llamamos suyos y necesarios) para que pague los legados, fideicomisos y todo lo demas que se haya dejado en el testamento con todos los frutos é intereses debidos desde el tiempo de la demora, §. 5. *Inst. h. t.* De paso notaremos que aunque por otros respectos la adiccion y la jestion como heredero sean diferentes, §. 592., aqui sin embargo, por lo que toca á esta accion no media diferencia ninguna, y es igual el que uno se haga heredero

52 *De las obligaciones que resultan, etc.*
aceptando la herencia ú obrando como tal heredero.

§. CMLXXXVII.

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

1.º La paga de lo indebido es un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho paga lo que naturalmente no se debe, obliga al otro que lo recibió por ignorancia á que lo restituya. Decimos en esta definicion que es un *cuasi contrato*, porque á la verdad, segun observa elegantemente Justiniano, §. 6. *Inst. h. t.*, el que por error paga lo que no debe, no trata de entablar, sino de deshacer un negocio. Y sin embargo, siendo inicuo que uno se quiera enriquecer con perjuicio de otro, §. 967. 2., el que recibe está obligado á restituir del mismo modo que si hubiese recibido el dinero prestado, §. 1. *Inst. quib. mod. re contr. oblig.* Las demas palabras de la definicion manifiestan cuándo hay lugar á que se repita lo indebido; lo cual explicaremos claramente en los siguientes parágrafos.

§. CMLXXXVIII. — CMXC.

2.º Si preguntamos, pues, cuándo hay lugar á repetirse lo indebido, se dirá que se requiere

re (a) en el que paga ignorancia: (b) en aquello que se paga que no sea debido: (c) en el que recibe se necesita asimismo ignorancia.

(a) En el que paga se requiere ignorancia. Porque del que sabiendo que no debe paga, se cree que da, L. 1. §. 1. *ff. de condict. indeb.* La ignorancia empero es de dos modos, *de derecho y de hecho*. El que por ignorancia de derecho paga, nada puede repetir como no sea menor, mujer, militar, á los cuales no daña ignorar el derecho, L. 10. C. L. 9. *pr. ff. de jur. et fact. ignor.* Mas el que paga por ignorancia de hecho, tiene derecho á la repetición, porque un hecho puede engañar al mas avisado. Por ejemplo: un heredero ignoró la ley Falcidia y pagó todos los legados sin quitar la cuarta; ahora, pues, si intenta reclamar lo que pagó mas de lo justo, será oído? No por cierto, porque erró en el derecho: hubiera debido consultar á personas inteligentes. Por el contrario; yo, v. gr, quise pagar á Ticio, y como hubiese dos de este nombre en la ciudad, pagué á aquel á quien nada debía. Pregúntase si yo podré reclamar? Se afirma, segun la L. 65. §. *ult. ff. de condict. indeb.*, y con razon, puesto que erré en un hecho, no en el derecho. (b) Se requiere que *no se deba* lo que se paga. Lo indebido es de dos maneras: (aa) ó porque aunque se deba naturalmente, no se debe por derecho civil; por ejemplo, si pagué lo que yo tenia prometido por un pacto simple, esto se debia natural, no civilmente. (bb) O porque se debia civil, mas no naturalmente; v. gr., si pagué lo que habia prometido por miedo, esto

54 De las obligaciones que resultan, etc.

lo debía yo civilmente, pero no según la equidad natural. (cc) O porque ni media obligación natural ni civil, por ejemplo, si pago por error como prestado á quien nada debo. En el primer caso no puedo repetir lo que he pagado; en los dos últimos se concede la reclamación. V. gr., si un hijo de familia vuelve el dinero que se le había prestado pudiendo oponer la excepción del senadoconsulto Macedoniano, tendrá derecho á repetir? No lo tendrá por la L. 40. ff. de cond. indeb. L. 10 ff. ad Senatusconsult. Macedon, porque debe naturalmente. Si por el contrario, pagó uno una deuda del padre por creer que aun no está estinguida, y después halla el recibo, podrá repetir? Sí que podrá, por cuanto no debió natural ni civilmente. (c) En el que recibe se requiere también ignorancia. Pues si supo que nada se le debía, y sin embargo recibió, es un ladrón, y habrá contra él la acción para recobrar aquel dinero, L. 18. ff. di cond. furt. No obstante, no se dará fácilmente contra él acción de hurto en el duplo ó cuádruplo, por ser famosa esta acción, y no deberse amancillar temerariamente la fama de los hombres.

§. CMXCI. CMXCH.

3.º Falta explicar por qué acción se repite lo indebido. Llámase acción de lo indebido (*condictio indebiti*); y se da al que por error de hecho pagó lo que naturalmente no debía contra el que recibió por error é ignorancia, y contra su heredero para que se restituya lo paga-

do con sus frutos y agregaciones. De aqui inferimos, (a) que solo el que recibe es el obligado, y por lo mismo este contrato es unilateral, y por consiguiente de estricto derecho, §. 781. (b) Que por esta accion no se pueden pedir usuras, porque estas no se deben por los contratos *de estricto derecho*, á no ser que expresamente se hayan prometido, §. 581. L. 1. *C. de cond. indeb.* (c) Que esta accion no debe confundirse con otras acciones, á saber; *causa dada*, *causa no seguida*, *por causa torpe*, *sin causa*. La diferencia es clara. O he dado yo por una causa *pasada*, ó por una *futura*. Si fue por una causa pasada, entablo la condicion de lo *indebido*; mas si fue por una futura, entonces ó esta causa fue *honest*a, ó por parte del que recibe, *torpe*. Si lo primero, tiene lugar la accion *causa dada*, *causa no seguida*, por ejemplo, si una mujer diese la dote y luego no se verificase el matrimonio. Si lo último, puedo usar de la accion *por causa torpe*; v. gr., si di á un ladron dinero porque no me matase. Finalmente, si otro posee una cosa mia sin ninguna causa justa, y no puedo yo usar de estas acciones, para este caso hay la accion *sin causa*, por ejemplo, si otro posee una obligacion habiendo yo ya pagado. Por lo cual esta última accion viene á ser como el complemento de todas las demas. De estas acciones se trata latamente en las Pandectas, lib. XII. y XIII.

TITULO XXIX.

Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion.

§. CMXCIII. CMXCIV.

Todo este título es casi supérfluo, porque arriba en el libro II. hemos explicado el tit. 9., cuya rúbrica es: *por qué personas podemos adquirir*; y por las mismas personas que adquirimos cualesquier otras cosas, por las mismas podemos tambien adquirir una obligacion. En dicho tit. 9. hemos dado la regla de que, cualesquiera personas que estén bajo nuestra potestad, ya dominica, ya patria, adquieren para nosotros; luego por medio de los mismos podemos tambien adquirir una obligacion. Por ejemplo: si un hijo estipula para sí, adquiere para el padre; si es un siervo el que estipula, adquiere para el señor. Pero un tercero que sea extraño, ninguna obligacion puede adquirir para mí, §. 4. *Inst. de junt. stipul.* Asi es que si un hermano mio dijere: darás á mi hermano ciento? y otro prometiese que sí, nada sin embargo se adquiere para mí. Y aqui debe ademas observarse una regla que en el tit. 9. del lib. II. no hemos espuesto, á saber; que la condicion existente se retrotrae al principio, si es que yo adquiero por medio de un hijo ó de un esclavo, L. 11. §. 1. *ff. qui post. in pign.* Esto quiere decir que si el hijo estipula para sí bajo condicion, y esta condicion se cumple

despues, v. gr., á los tres años, es lo mismo que si ya existiese al tiempo de hacerse la estipulacion. Por ejemplo, dice un hijo: me darás mil si me hiciese doctor? poco despues es emancipado por el padre, y á los dos años se gradua de doctor. Pregúntase aqui: para quién se adquieren aquellos mil florines, para Ticio ó para el padre? Se responde que para el padre, por quanto la condicion se retrotrae al principio del negocio, L. 78. ff. de V. O. Esto sucede de otra manera en los legados, segun ya observamos en el escolio del §. 993.

TITULO XXX.

De qué modos se estingue la obligacion.

§. CMXCV. — CMXCVII.

Hemos recorrido ya el vasto campo de los contratos. Mas como no solo conviene saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven, falta ahora esponer esta doctrina estensamente en el último capítulo de este libro.

Preliminarmente haremos algunas divisiones. Toda obligacion se estingue ó *ipso jure* ó *por medio de escepcion*. Se dice que la obligacion se estingue *ipso jure*, cuando el modo de disolverse la obligacion tiene efecto desde el tiempo en que empieza á existir, aun cuando no se haya todavía opuesto ninguna escepcion. Por ejemplo: en el año de 1723 comencé á deber á Ticio ciento; en el año 1724 él empezó á deberme á mí ciento; luego Ticio obra contra mí para que

58 *De qué modos se estingue la oblig.*

se le pague la deuda, y yo digo que esta deuda ha desaparecido por compensacion. Reconoce esto Ticio, pero sin embargo cree que puede pedir usuras hasta el año de 1727; esto lo niego yo, y sostengo que debe contentarse con las usuras de un solo año, por quanto la compensacion tuvo su efecto en el mismo año de 1724, aunque yo no haya usado todavía de esta excepcion. Por el contrario, lo obligacion se estingue *por medio de excepcion*, cuando aquella no se acaba antes del momento en que se ha usado de la excepcion, L. 27. §. 52. *ff. de pact.* Por ejemplo: un hijo de familia recibió en empréstito doscientos florines en el año de 1723: se entabla accion contra él, y el deudor opone la excepcion del senadoconsulto Macedoniano. Se pregunta si ya en el año de 1725 se habia estinguido la obligacion, ó si esto no se verifica hasta el año de 1727, en que se opone la excepcion? Se responde que el hijo de familia no queda libre hasta el año de 1727, por quanto la obligacion no se estinguió *ipso jure*, sino en virtud de excepcion. Vamos á ver los modos con que la obligacion se estingue *ipso jure*. Son de dos clases, ó *comunes* á los demas contratos, ó *propias* tan solo de algunos de ellos. Asi, por ejemplo, la paga ó solucion es comun á todos los contratos, porque por medio de ella se estingue el mútuo, el comodato, la prenda, la estipulacion y todos los demas. Al revés, por medio de la *acceptilacion* no se disuelven mas contratos que los verbales; por medio del mútuo disentiendo no otros que los consensuales, y el fundamento de esto estriba en aquella regla del de-

recho, nada hay tan natural como el que una cosa se disuelva por el mismo orden con que se unió, L. 35. L. 100. *ff. de R. J.* Luego los contratos verbales se deben extinguir con palabras solemnes; los consensuales con el disentiemiento; mas no los reales y literales. Dada esta previa esplicacion, ya podemos esponer todos los modos comunes y propios. De aquellos hay seis: 1.º *solucion* ó paga, de que se tratará en los §. 998. 1002.: 2.º *compensacion*, §. 1003. 1005.: 3.º *confusion*, §. 1006.: 4.º *oferta y consignacion*, §. 1007. sig.: 5.º *destruccion de la cosa*, §. 1009. 1010.: 6.º *novacion*, §. 1011. 1019. De estos, es decir, de los propios se cuentan dos; 7.º *acceptilacion*, §. 1020. 1028. 8.º *mútuo disentiemiento*, §. 1029. 1031. Vamos á tratar de cada uno de estos modos por su orden.

§. CMXCVIII. — MII.

I. El primer modo comun de extinguirse las obligaciones es la *solucion* ó paga, que definiremos diciendo ser una verdadera prestacion de aquello á que uno está obligado; L. 176. *ff. de V. S.* Se requiere una verdadera prestacion ó satisfaccion, para que se distinga de la compensacion. Porque aunque para esta valga tambien la regla de que *compensar es pagar*, esto solo se entiende en cuanto al efecto, que es el mismo que el de la solucion. Propiamente hablando, sin embargo, la compensacion no es solucion, porque verdaderamente no se satisface á lo que exige la obligacion. Si preguntamos: 1.º quiénes pueden pagar? Se responde

60 *De qué modos se estingue la oblig.*

que todos aquellos que tienen la libre administración de sus cosas, §. *ult. quib. alien. licet.* De aquí se sigue que el pupilo no puede pagar; sobre lo cual ya hemos hablado en el §. 466. Por lo demás ninguna diferencia media en que yo pague por mí mismo ó por otro; por uno que quiere, ó por otro que lo repugna; por uno que lo sabe, ó por otro que lo ignora, L. 20. L. 40. L. 53. *ff. de solut.* La razón es porque la obligación siempre se estingue, bien que el que pagó por uno que lo repugnaba no tenga regreso ó acción contra aquel por quien pagó, á no ser que antes de la solución recibiese del acreedor los derechos que este le cediese, porque entonces obra como procurador ó mandatario en una cosa suya, §. 958. Si 2.º se pregunta cómo debe hacerse la solución? respondemos (a) que se debe pagar lo que se debe, no una cosa por otra, á no ser que lo consienta el acreedor. Así que, si por ejemplo uno debe cien aureos, no puede pagar en trigo, aromas, libros, etc., como el acreedor no quiera. Pero si este se conviene, entonces hay lo que se llama *dación en pago*. (b) Que se debe pagar toda la deuda; pues nadie está obligado á recibir parte de la paga por varios inconvenientes que esto trae, especialmente porque el dinero que no se toma junto no luce, L. 9. *C. de solut.* L. 41. §. 1. *ff. de usur.* Hay sin embargo una escepcion, á saber, (a) si las deudas son diversas: en este caso puedo satisfacerlas una por una. (b) Si la deuda en parte es líquida y en] parte ilíquida; pues entonces el juez mandará que al instante se pague lo líqui-

do, y que lo ilíquido se ventile judicialmente, *L. 21. ff. de rebus cred.* (c) Se debe pagar al tiempo y en el lugar que se convino. Si, por ejemplo, prometí pagar en Amsterdam, no puedo pagar en Lipsia: si debo pagar el primer día de Abril, no puedo aguardar al primer día de Mayo; á no ser que el acreedor alojase algún tanto el rigor de mi obligacion; *L. 39. ff. de solut.* Por consiguiente, el que paga mas tarde y en lugar distinto, está obligado á satisfacer al acreedor los perjuicios que este trastorno pueda causarle; y para esto hay las acciones llamadas *tricularia* y *de eo quod certo loco*, de las cuales se trata en las Pandectas. La cuestion sobre el efecto de la solucion ó paga la espondremos fácilmente. La solucion estingue *ipso jure* todas las obligaciones; y como cesando la obligacion principal cesan tambien las accesorias, se sigue que los fiadores, prendas é hipotecas quedan igualmente libres, *L. 43. ff. de solut.*; á no ser que el acreedor use del derecho de retencion, y retenga la prenda en seguridad de otro crédito aun no satisfecho; lo cual puede hacer. Sobre esto hemos hablado en el §. 825.

§. MIII. — MV.

II. Otro modo comun de extinguirse las obligaciones *ipso jure* es la *compensacion*. La definimos, *el descuento que se hace de las deudas y créditos recíprocos*, *L. 1. ff. de compensat.* Su fundamento es la regla filosófica, *lo que se puede hacer por poco no se debe hacer por mucho.*

62 De qué modos se estingue la oblig.

Porque si se hubiese de proceder por órden, primero yo deberia pagar al acreedor los ciento que le debo, y despues tendria él que pagarme á mí los ciento que me debe. Para qué pues tantos rodeos, pudiendo la cosa componerse de suerte que yo retenga mi dinero y él el suyo? Cuando se hace esto, se dice que se ha compensado ó descontado una deuda de la otra. Acerca de esta compensacion consideraremos, 1.º los requisitos, 2.º los efectos. Los principales requisitos son tres. (a) Que por ambas partes haya una deuda eficaz, líquida, pura; porque lo eficaz no puede compensarse con lo ineficaz, ni lo líquido con lo ilíquido, ni lo puro con lo condicional, por no haber todavía certidumbre de si se debe, *L. 30. L. 41. ff. L. últ. §. 1. C. de comp. L. 7. L. 17. §. 1. ff. eod.* (b) Que ambas deudas sean de estimacion cierta ó determinada. Por lo cual no puede compensarse el jénero con el jénero, por ser de incierta estimacion. Si, por ejemplo, Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, no podremos compensar estas deudas. (c) Que sea uno mismo el deudor y el acreedor. Asi que, si mi hermano debe á Ticio ciento, y Ticio me debe á mí otros ciento, no háy lugar á la compensacion, porque no es uno mismo deudor y acreedor, *L. 16. pr. L. 18. §. 1. ff. de comp.* Esto es tan cierto, que si el fisco me debe á mí y yo debo al fisco, solo tendrá lugar la compensacion siendo una misma la caja ó administracion que me debe y á la cual debo, *L. 46. §. 5. ff. de jure fisci. L. 1. C. de comp.* 2.º El efecto de la compensacion es el mismo que el de la solucion, de que hablamos

en el §. 1002. Pero si la deuda y crédito recíprocos son de diversa cantidad, qué ha de observarse? Entonces de la deuda mayor se rebaja la suma que aparece, *L. ult. C. de comp.* Por ejemplo, si Ticio me debe mil, y yo á él seiscientos, la deuda de Ticio se disminuya por compensacion hasta cuatrocientos florines, que son los que únicamente tendrán que pagarme.

§. MVI.

III. El siguiente modo de quitar la obligacion es la *confusion*, por la cual entendemos aquel caso en que el derecho del acreedor y del deudor se reune en una misma persona, *L. 75., L. pen. ff. de solut.* Y es bien claro que entonces debe disolverse la obligacion; porque, quién puede ser deudor y acreedor de sí mismo? Solo pues se trata de saber, cuando puede suceder que se haga acreedor el que era deudor? Se responde que este caso se concibe muy fácilmente en la herencia. Por ejemplo: Ticio me debe dos mil; al morir me instituye heredero; yo acepto la herencia; pues con esto me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero paso á todos los derechos y obligaciones del difunto. Luego la confusion se hace por la adiccion, y por consiguiente espira el débito ú obligacion.

§. MVII. MVIII.

IV. El cuarto modo de extinguirse las obligaciones en todos los contratos es la *oferta y consignacion*; á las cuales hay lugar siempre

64. *De qué modos se estingue la oblig.*

que el acreedor es moroso en recibir, ó no quiere ó no puede recibir el dinero que se le ofrece. Por ejemplo: uno me vendió un prédio por dos mil florines, y preparo el dinero y se lo ofrezco segun lo convenido entre nosotros: él no puede recibirlo, porque no caiga en mano de sus acreedores. En este caso puedo yo usar de la oferta y consignacion. Qué cosa es pues la oferta y consignacion? *Es un modo de suprimirse la obligacion, si el deudor sella y deposita judicialmente todo el dinero que en su justo lugar y tiempo ha ofrecido al acreedor y que este no ha aceptado.* Requiere-se pues, 1.º que yo ofrezca al acreedor todo el dinero en el tiempo y lugar que corresponde: 2.º que el acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y sellar el dinero: 3.º que yo cuente ante el juez el dinero, y á presencia del acreedor lo meta en una bolsa, y pido que se selle con el sello judicial: 4.º que se escriba en las actas la cantidad. Entonces el efecto es: 1.º que yo quedo libre de toda obligacion igualmente que si yo hubiese pagado: 2.º que se detiene el curso de las usuras: 3.º que si el dinero perece en la casa judicial por incendio ó hurto, no perece para mí, sino para mi acreedor. Véase la *L. 9. C. de solut.*

§. MIX. MX.

V. Sigue la *destruccion de la cosa*, otro de los modos de estinguirse indistintamente *ipso jure* todas las obligaciones, de cualquier contrato que provengan. Empero respecto de la co-

sa que debo, se necesita de alguna distincion. O debo un *jénero*, v. gr., un caballo; ó una *especie*, v. gr., tal caballo de la cuadra; ó debo *cantidad*, por ejemplo, cien florines. Si debo *jénero* ó *cantidad*, no libra la destruccion de la cosa, porque el *jénero* y la *cantidad* no perecen. Por eso, si, v. gr., debiendo yo un caballo y comprando uno para entregarlo, muere antes de verificarse, no quedo libre, por cuanto fui deudor de *jénero*, y no precisamente de tal ó cual caballo que yo habia comprado. Ni tampoco quedo libre si debiendo cien florines, y teniéndolos ya contados sobre una mesa, vino un ladron y me los llevó antes de entregarlos, pues debí una *cantidad* en jeneral, la cual nunca perece, y no precisamente aquella moneda que yo tenia contada sobre la mesa. Mas si debo una *especie*, por ejemplo, tal casa, tal caballo; en pereciendo estas cosas, se estingue la obligacion, L. 24. L. 25. *pr. ff. de V. O.*; porque lo que no está en la naturaleza de las cosas, no puedo pagarlo. Pero no sucede asi (a) si yo fuese moroso; (b) si poseyese yo con mala fe una cosa viciosa, v. gr., furtiva; (c) si la cosa pereciese por dolo ó culpa mia. De lo que únicamente tratamos es del caso en que por casualidad pereció la cosa, pues la casualidad por nadie es satisfecha en los contratos.

§. MXI. — MXIX.

VI. El modo sexto y último de quitarse una obligacion se llama *novacion*; por la cual entendemos la transmutacion de la primer deuda en

66 *De qué modos se estingue la oblig.*

otra obligacion, L. 1. *pr. ff. de novat.* Por ejemplo: yo antes debia por estipulacion, ahora doy una obligacion, y ya debo por letras. Antes debia por pacto sencillo, ahora prometo de nuevo por estipulacion, etc. Esta novacion es de dos modos; una *voluntaria*, que hacen por convenion los que quieren: por ejemplo, si entre nosotros conviniéremos que el dinero que yo tengo en depósito empiece ya á tenerle en empréstito: aqui nadie nos obligó á la novacion, y por tanto esta fue voluntaria, L. 2. *ff. eod.*; otra es *necesaria*, que se hace aun con repugnancia por la litiscontestacion: v. gr., si yo debí por empréstito ciento, se instituye accion, me manda el juez contestar el pleito: hecho esto (lo cual tal vez hago contra mi voluntad), al instante se verifica la novacion, y siendo asi que antes debia por mútuo, ahora empiezo á deber por el cuasi contrato de la litiscontestacion; de suerte que si salgo condenado no soy reconvenido por la accion *cierta de mútuo*, sino por la accion *de lo juzgado*, que viene del cuasi contrato; L. 29. *ff. de novat.* Ademias, la novacion se hace ó *sin delegacion* cuando permanece uno mismo el deudor y el acreedor, y tan solo se muda la forma de la obligacion, ó *con delegacion* cuando se muda la persona del deudor. La *primera* se hace de tres modos: 1.º si se muda la especie de la obligacion, v. gr., si antes debia ciento por estipulacion, y ahora hago una obligacion de esta cantidad. 2.º Si á la primer obligacion se le agrega ó quita algo, por ejemplo, si antes debia yo ciento sin usuras, y ahora los prometo con ellas. 3.º Si nada se muda, sino que tan solo se renue-

va la primer obligacion; v. gr., si en el año de 1723 habia ya dado un papel de obligacion, y luego doy otro nuevo destruyendo el primero. Esto último es indispensable, porque de otra manera, si no se destruyese la primitiva obligacion, ambas valdrian y producirian sus respectivas acciones, *L. ult. C. de novat.* La segunda novacion con delegacion se hace por promesa formal, á saber, si me encargo yo enteramente con la deuda de otro, de manera que el primer deudor quede del todo libre. Es solemne el ejemplo del apóstol san Pablo, *ep. ad Philem. v. 18.*, cuando promete por Onésimo: (*si quid tibi debet Onesimus, ego Paullus mea manu scribo, ego solvam*). Yo, Pablo, que te escribo esta de mi puño y letra, te pagaré lo que te debe Onésimo. Tan luego como Philemon recibió esta promesa de san Pablo, se ha verificado la novacion con delegacion por haberse mudado la persona del deudor; pues antes debia Onésimo, y despues debia el apóstol. El efecto de la delegacion voluntaria es que la primer obligacion se suprime y se sustituye la nueva, de suerte que no se da regreso contra el primero, aun cuando, por ejemplo, el prome-
tiente no tenga con que pagar, *L. 26. §. 2. ff. mand.* El efecto de la delegacion necesaria es que la accion temporal se hace perpétua, la penal persecutoria de la cosa, y por tanto se da tambien contra los herederos, *L. 6. §. ult. ff. de re jud. L. 26. ff. de O. et A.*

Dejamos dicho todo cuanto pertenece á esta materia. Resta todavía explicar la diferencia que hay entre la *fianza* y la *promesa formal*, y

68 De qué modos se estingue la oblig.

asimismo entre la *delegacion* y la *cesion*. 1.º Por la fianza no se hace ninguna novacion; por la promesa formal se hace. 2.º La obligacion del fiador no destruye la obligacion del deudor principal, sino que tan solo se agrega subsidiariamente; el prometiente libra enteramente al primer deudor. De esta suerte tambien 3.º la delegacion no puede hacerse á no ser con consentimiento de todos, del acreedor y del deudor; pero sí puede hacerse la cesion aun ignorándolo ó repugnándolo mi deudor; L. 1. *C. de nov.* 4.º En la delegacion se muda la persona del deudor; en la cesion la persona del acreedor.

§. MXX. — MXXVIII.

Hasta aqui llevamos tratado de los seis modos comunes; siguen los dos propios, á saber; la *acceptilacion* propia de la estipulacion, y el *mútuo disentimiento* propio de los contratos consensuales.

VII. Llámase *acceptilacion* de la frase *acceptum ferre*, que quiere decir tanto como remitir la deuda del mismo modo que si la hubiésemos recibido. Entre los romanos, despues que recibieron el principio de que una cosa debia disolverse del mismo modo con que se habia unido, parecia absurdo suprimir un contrato por un pacto simple, y por eso querian que lo que se habia prometido por estipulacion ó palabras solemnes, se remitiese por otras palabras solemnes. Pues á esta solemnidad de palabras es á lo que llaman *acceptilacion*. Estas palabras solemnes consistian en la siguiente pregunta y

respuesta correspondiente. El deudor preguntaba: *el dinero que yo te he prometido, lo has recibido ya?* Si el otro responde *lo tengo recibido*, parece suprimida *ipso jure* la obligacion, §. *Inst. h. t.* Debe ahora añadirse que la aceptilacion era un acto lejítimo, L. 77. *ff. de R. J.*; y por esta razon no podia hacerse por medio de procurador, ni bajo condicion, ni hasta cierto dia, §. 70. 2.º Que la aceptilacion solo puede hacerse por quien tiene facultad de administrar y enajenar sus cosas, y por consiguien- te no podrá hacerla el pupilo sin la autoridad del tutor, L. 2. *ff. L. 1. C. de acceptil.* El fundamento de esto se hallará en el §. 251. 3.º Que la aceptilacion solamente pertenece á las estipulaciones y obligaciones de palabras, no á los contratos reales, literales, ni consensuales, §. 1. *Inst. h. t.* Mas como esto fuese molesto, Cayo Aquilio Galo, célebre jurisconsulto del tiempo de Ciceron, discurrió la aceptilacion, que del nombre del inventor se llama *Aquiliana*; por la cual se pudiesen suprimir todas las obligaciones, aun las nacidas de otros contratos. La fórmula embarazosa é intrincada que se debia observar está inserta por Justiniano en el §. 2. *Inst. h. t.* Pero nosotros la describiremos con mas claridad. Dijimos que en la aceptilacion vulgar se hacia una sola pregunta: en la Aquiliana se hacian dos. Por la primera se verificaba una novacion. Por ejemplo, el acreedor decia: *lo que tú me debias por mútuo, me lo prometes ahora de nuevo?* Si entonces respondia el deudor; *te lo prometo*, al momento quedaba hecha la novacion, en consecuencia de la cual

70 *De qué modos se estingue la oblig.*

ya despues no se debia por mútuo, sino por estipulacion. En seguida con otra pregunta se quitaba tambien esta última obligacion, cuando el deudor preguntaba: *lo que yo te he prometido, lo tienes ya recibido?* En respondiéndose: *lo tengo recibido*, toda la primer obligacion procedida del mútuo, se entendia suprimida por la aceptilacion Aquiliana, sin embargo de que por otra parte la aceptilacion no pertenecia al mútuo. Cualquiera puede conocer que hoy no hay necesidad de estos rodeos, por cuanto entre nosotros todos los pactos producen el mismo efecto que las estipulaciones. Por consiguiente, si por medio de un pacto simple perdonamos á alguno una deuda, el efecto de esta remision no será menor que el de la aceptilacion. No obstante, conviene que el jurista sepa esto, porque de otro modo no penetraria la analogía del Derecho, ni entenderia otras varias cosas en nuestro mismo Derecho civil. Los romanos no podian carecer de estas fórmulas por las razones que espusimos en nuestra Orac. inaug. *de veteri jurisprudentia formularia*. Todo esto es para nosotros de poca importancia, por cuanto no reconocemos diferencia entre los pactos y contratos.

§. MXXIX. — MXXXI.

VIII. Falta el otro modo de suprimir la obligacion propio de los contratos consensuales, á saber, el *mútuo disentiemento*, que no es otra cosa mas que un convenio contrario á otro convenio consensual anterior aun no cumplido, §. *ult. Inst. h. t.* Por ejemplo: antes habíamos consen-

tido en comprar y vender tal casa en mil florines, y ahora nos convenimos en que no la compraremos y venderemos. Aquí tenemos el mútuo disentimiento. Nada en esto hay obscuro ni digno de notarse, á escepcion de que de esta suerte solo se disuelven las obligaciones, estando aun íntegra la cosa, esto es, no cumplido aun el contrato. Si está ya cumplido, podemos, sí, mudar la voluntad; pero entonces mas bien se contrae un nuevo contrato, que no se disuelve el que existia anteriormente. Por ejemplo: si ya se me entregó á mí la casa, y ya pagué yo el precio, y sin embargo nos separamos del contrato, recibiendo yo el dinero y volviendo la casa; esto será una nueva compra y venta, y habrá que pagar doble contribucion, cuando si nos apartásemos por mútuo disentimiento, estando aun la cosa íntegra, ninguna tendríamos que pagar.

lido en comprar y vender tal cosa en tal lugar
 nes, y ahora nos conveniamos en que no la com-
 pramos y vendamos, y por tanto el mi-
 smo dice al mismo. Nada en esta hay obscuro ni
 digno de notar, a excepción de que de esta
 suerte solo se disuelven las obligaciones, estun-
 do que en la cosa, esto es, en el contrato aun
 de que en la cosa, esto es, en el contrato aun
 el contrato. Si está ya cumplido, podemos, si
 andar la voluntad, pero entonces nos dice se
 quiere un nuevo contrato, que no se disuelve
 el que existe anteriormente. Por ejemplo, si
 ya se me entregó tal la cosa, y se pagó lo el
 precio, y sin embargo nos separamos del con-
 trato, recibiendo ya el dinero y volviendo la ca-
 sa, esto sería una nueva compra y venta, y ha-
 bría que pagar doble contribución, cuando si nos
 separásemos por mutuo consentimiento, estando
 aun la cosa íntegra, ninguna tendríamos que
 pagar.

En segundo lugar, dice que el contrato se disuelve
 por el consentimiento de las partes, y que si una
 parte quiere rescindir el contrato, no puede hacerlo
 sin el consentimiento de la otra. Esto es lo que
 se entiende por mutuo consentimiento. Y si una
 parte quiere rescindir el contrato, no puede hacerlo
 sin el consentimiento de la otra. Esto es lo que
 se entiende por mutuo consentimiento. Y si una
 parte quiere rescindir el contrato, no puede hacerlo
 sin el consentimiento de la otra. Esto es lo que
 se entiende por mutuo consentimiento.



LIBRO CUARTO.

TITULO I.

De las obligaciones que nacen del delito.

§. MXXXII. — MXXXVIII.

AUN no hemos acabado de tratar del derecho á la cosa, el cual dijimos nacer de la obligacion. La obligacion se derivaba ó inmediatamente de la equidad y la ley, ó mediatemente de un hecho. El hecho obligatorio era ó *licito* ó *ilícito*. El *licito* se llamaba *convenio*, por cuya razon se ha tratado hasta aqui de los *contratos*. El *ilícito* se llama *delito* ó *maleficio*, cuya doctrina esplica Justiniano en los cinco primeros libros de este título. Y aun quando en la Instituta prometa la rúbrica el tratado *de la obligacion que nace del delito*, y en todo el título tan solo se hable de una de las especies de delito, á saber, del hurto, sin embargo, nosotros supliremos este defecto, y antes de llegar á la doctrina del hurto, diremos brevemente, 1.º qué cosa sea delito, §. 1033.: 2.º de cuántas maneras, §. 1034. 1036.: 3.º qué acciones nacen de ellos, §. 1037. y sig.

74 De las obligac. que nacen del delito.

I. Delito es un hecho ilícito cometido espontáneamente, por el cual uno queda obligado á la restitucion, si puede verificarse, y á la pena. Nada sobra en esta definicion. Llámase el delito un hecho, porque nadie sufre castigo por sus pensamientos, segun la *L. 18. ff. de poen.* Llámase hecho ilícito, porque no habiendo ninguna ley prohibitiva, ni natural, ni civil, no se delinque. Por ejemplo: si no está prohibida la caza, no comete delito el que coje una fiera. Pero luego que el sumo imperante lo prohíbe, el que contraviene é esta ley caza, delinque. Se añade en la definicion, cometido *espontáneamente*, pues lo que hacemos por fuerza y con repugnancia no puede imputársenos. Por esto no delinque el que precipitado desde lo alto hiere á uno que pasa. Finalmente se añade, *por el cual uno queda obligado á la restitucion, etc.* El fundamento de esta obligacion lo esplica muy bien Grocio de *J. B. et P. lib. II. C. 17. §. 22.* Todo el que comete un delito, causa daño á otro y peca contra las leyes. El que causa daños está obligado á la restitucion: el que obra contra las leyes queda obligado al castigo. Por todo delito pues se puede pedir la restitucion del daño y la pena. Y no sin razon decimos que está obligado á la restitucion, *si puede verificarse*, y á la pena. Efectivamente, á veces no se puede hacer que lo que está hecho se vuelva atrás, ni puede estimarse el daño. Por ejemplo, si se mata un hombre, ni puede volvérselo á la vida, ni esta puede estimarse en un precio determinado, y por tanto, en estos casos cesa la restitucion, y basta la pena.

II. A la definicion del delito siguen las di-

visiones, que son varias. Porque, 1.º el delito es ó *verdadero* ó *casi delito*. Aquel se comete por dolo, y este por culpa. V. gr., si un juez á sabiendas pronuncia con dolo malo una sentencia injusta, delinque verdaderamente; pero si lo hace solo por falta de prudencia, casi delinque. Se objeta sin embargo el daño causado injustamente (*injuria datum*), el cual se llama verdadero delito, y no obstante se comete así por culpa como por dolo. Pero se responde que entonces se saca la denominacion de lo mas notable, aunque la accion de la Ley Aquilia, segun los diversos respectos puede derivarse, ya de un verdadero, ya de un casi delito. Observó esto Tomasio en sus *Schol. et Nov. Addit. ad B. Huberi Praelet. Inst. lib. 4. tit. 3. §. 3.* Además, el verdadero delito ó es *público* ó *privado*. Se dice público el que daña á la seguridad de la república, y por esta razon se le aplica un castigo público; por ejemplo, el crimen de lesa Majestad, de homicidio, etc. Por el contrario, privado se llama el que perjudica al patrimonio particular, esto es, á lo que se llama tuyo y mio, por cuya razon hay contra él una accion ó persecucion particular. De aquellos no se trata hasta el último título. De la clase de estos habia cuatro entre los romanos; hurto, rapiña, daño causado injustamente, é injuria, de los cuales hablaremos en otros tantos títulos. Finalmente, el delito público ó es *ordinario* ó *extraordinario*. Ordinario es aquel sobre el cual existe una ley particular, en que hay señalada para él una pena determinada y ordinaria. Tales son las Leyes Julias de majestad, de adulterios, de la fuerza

76 De las obligac. que nacen del delito.

pública y privada, de peculado, de íntegra: las Leyes Cornelias de los asesinos y envenenamientos, y de las falsedades: la Ley Pompeya de parricidios: la Ley Fabia de plajiaros, etc. Todos estos delitos pues son de los públicos ordinarios, que tambien se llaman *crímenes*. Por el contrario, los extraordinarios son aquellos acerca de los que no existen ningunas leyes singulares, no obstante que merezcan una pena extraordinaria. Asi, por ejemplo, no habia ninguna ley sobre los que rompian los diques del Nilo, sin embargo de lo cual, por quanto este atentado era de muy mal ejemplo, el que habia hecho esto, era quemado vivo. Luego este era un crimen extraordinario.

III. El efecto de los delitos es que de ellos nazcan dos acciones. Estando el delincuente obligado á la restitucion y al castigo, §. 1032., las acciones por las cuales pedimos que se nos resarzan los daños, se llaman *persecutorias de la cosa*, y aquellas por las que exijimos la pena, se llaman *penales*. V. gr., por la *condicion furtiva* nada pido mas que la restitucion de la cosa robada, ó su estimacion: luego es persecutoria de la cosa. Mas por la *accion de hurto* pido el duplo ó el cuadruplo, y esto comprende sola la pena; por consiguiente esta accion es penal. Entre estos jéneros de acciones hay muchas diferencias. Porque, 1.º las acciones persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo menos respecto de lo que ha llegado á ellos, *L. un. C. es del. def. her. quemad. conv.*; las penales no competen contra ellos, á no ser que el pleito esté contestado con el difunto, §. 1019. 2.º Las persecu-

torias de la cosa no infaman, y sí las penales. 3.º Por las persecutorias de la cosa, aunque sean muchos los delinquentes, están obligados en el todo; pero en pagando uno quedan libres los demas; por las penales tan obligados *en el todo* están los cómplices, que aunque uno pague, los demas no quedan libres. De esto se puede inferir que las acciones penales y persecutorias de la cosa no se quitan mutuamente, y que por consiguiente puede entablarse á un mismo tiempo, *L. 34. §. 2. ff. de O. et A.* La razon de esto se hallará en el §. 1033. Solamente añadido que no de todos los delitos nacen acciones persecutorias de la cosa y penales; porque en los mas de ellos con una sola y misma accion se solicita la cosa y el castigo.

§. MXXXIX. — MXLVI.

Dados ya estos preliminares, pasamos á hablar del primer delito privado, que es el hurto, y trataremos, 1.º de su naturaleza, §. 1039. 1046.: 2.º de sus varias especies, §. 1047. 1060.: 3.º de las acciones que nacen de este delito.

I. La naturaleza del hurto la inferimos de la antigua definicion que nos presenta el §. 1. *Inst. h. t.* El hurto es el acto de tomar fraudulentamente, con el ánimo de sacar utilidad, una cosa, ó tambien el uso ó profesion de ella, lo cual está prohibido por la ley natural. La misma definicion tenemos en la *L. 1. §. 3. ff. de furt.* Decimos primero, que el hurto es el acto de tomar; y por qué no decimos mas bien que es la sustraccion? Respondo; porque no so-

78 *De las obligac. que nacen del delito.*

lo es ladrón el que quitó ó sustrajo, sino también el que movió la cosa con ánimo de sustraerla, aun cuando no la haya sustraído. Por ejemplo: si cojo en mi casa á un ladrón en el mismo acto de robar, aunque todavía no haya sustraído nada, es reo de hurto manifiesto. De esto inferimos (a) que el que habiendo entrado en una casa no cojió todavía nada, no es propiamente ladrón, sino lo que llamaban los romanos *contrectario*, el cual era castigado extraordinariamente, *L. 7. ff. de extr. crim.* (b) Que la intencion sola no hace ladrón, á no ser que se haya agregado el hecho de cojer la cosa, *L. 1. §. 1. ff. de furt. L. 18. ff. de paen.* (c) En tanto hay lugar á la accion de hurto, en cuanto se ha verificado el hecho de cojer la cosa, *L. 21. pr. ff. de furt.* Cuya tesis oponemos á ciertos jurisconsultos antiguos, que engañados por el principio estóico de que *todos los delitos son iguales*, creian absurdamente que sustraer un solo grano de un monton de trigo, era lo mismo que sustraer todo el monton; principio que es criticado con agudeza por Horacio, *Serm. L. 1. sat. 3. v. 115. sig.* Decimos, 2.^o que el hurto es el acto de tomar *fraudulentamente*: no solo porque se requiere el dolo para todo delito, §. 1034., sino tambien para que se distinga de la rapiña, que no es sustraccion fraudulenta, sino violenta. De aqui inferimos (b) que no pueden cometer hurto los furiosos, dementes, infantes y próximos á la infancia, §. 18. *Inst. h. t.*, porque no son capaces de dolo. (e) Que sin embargo, pueden cometerle los próximos á la pubertad, en quienes frecuentemente

la malicia suple la edad, L. 23 ff. de furt. (f) Que una necesidad extrema escusa del hurto. Asi opinan Grocio, Pufendorf y otros doctores. Pero Valent. Alberti, *comp. jur. nat. orthod.*, lo niega, porque la necesidad no escusa del pecado, y habiendo de elejirse el mal menor, cuando uno es moral y otro físico, el físico es el que siempre debe tenerse por menor. Asi es que opina que antes se debe morir de hambre que cojer ni un bocado de pan contra la voluntad de su dueño. ¡Austera filosofía por cierto, de la cual no sabemos si daria ejemplo el mismo Alberti si se viese acosado de tan extrema necesidad! Pero esta es una mera peticion de principio. Niega que la necesidad escusa de pecado, y afirma que el mal moral no se debe posponer al mal físico; pero acerca de esto se pregunta si es pecado el mal moral, porque á la verdad falta el dolo. Un hombre que está sumerjido en la miseria no tiene ánimo de lograr una ganancia criminal, sino tan solo de conservar la vida; y á propósito de esto manifiesta claramente Grocio, que en el caso de una extrema necesidad revive la comunion primitiva de las cosas. Decimos, 3.º que el hurto es el acto de tomar una *cosa ajena*; porque si no se hubiese introducido el dominio de las cosas, no podria concebirse el hurto. De aqui se infiere (g) que nadie puede cometer hurto de una cosa propia. Pudiera objetarse que es ladrón el deudor que sustrajo á su acreedor la prenda, sin embargo de ser dueño de ella. A esto se dice que ese deudor es ladrón, no de la cosa, sino de la posesion. Pe-

80 De las obligac. que nacen del delito.

ro nosotros aquí hablamos del hurto de cosa. (h) Que mucho menos se comete hurto de una cosa que no tiene dueño (*nullius*); porque estas son del primero que las ocupa, §. 343. 1., de lo cual se deduce por qué no se comete hurto de una herencia abandonada, y es porque en tanto que no la aceptan, no tiene dueño, L. 68. ff. de furt. Mas no obstante: como esto seria de muy mal ejemplo, nació de aquí el nuevo y extraordinario crimen (*expilatae hereditatis*), de herencia robada. De lo mismo inferimos, (i) que entre cónyuges durante el matrimonio no se comete hurto. Porque las cosas de un cónyuge respecto del otro no se tienen por ajenas, por causa de la comunión de uso de las cosas, en la cual viven. No obstante, si un cónyuge amenazando divorcio, sustrajere algo al otro cónyuge, en lugar de la acción de hurto se da la acción de cosas quitadas (*rerum amotarum*); la cual es tan solo persecutoria de la cosa. Por último, (k) se deduce que no hay hurto entre padre é hijo, á saber, en cuanto al efecto civil (porque moralmente el hijo que sustrae á su padre no deja de ser ladrón) de suerte que nazca la pena de hurto y la acción derivada de él, §. 12. Inst. h. t. Efectivamente, el hijo en vida de su padre es tenido de cierto modo por dueño de las cosas paternas, §. 587. Luego si sustrajo algo, no se puede decir que sea el acto de tomar una cosa ajena. Decimos en fin, con el ánimo de sacar utilidad (porque si uno por una pasión desahogada roba una sierva, si tomó una cosa mia por hacer daño, si para causar afrenta sustrajo

algo, será reconvenido ó por la ley Aquilia, ó por la accion de las injurias, mas no por la accion de hurto, *L. 39. pr. ff. de furt. L. 53. ff. eod. L. 5. §. ult. ff. ad L. Aquill.*

§. MXLVII. — MLX.

II. Esto en cuanto á la naturaleza del hurto; ahora siguen sus varias divisiones. El hurto ó es de *cosa*, ó de *uso*, ó de *posesion*. El hurto de cosa se comete por aquel que sustrajo una cosa mueble, porque si se causa estorsion en una inmueble, esto será fuerza, no hurto; y por mueble se entiende tambien los hijos y esclavos, como que son cosas, no personas, §. 79. 85. * Si no obstante, alguno arrebató á un hombre libre, se dice que ha cometido un *plajio*, del cual trataremos abajo en el §. 1368. El hurto da uso es cuando uno, aunque no sustraiga la cosa ajena, usa de ella contra la voluntad de su dueño de otra manera que debia. Por ejemplo: si alguno usa de una cosa que tiene en depósito, debiendo custodiarla, ó usa de un caballo prestado hasta Groninga, habiéndosele concedido solo hasta Leovardia, *L. 40. pr. ff. de furt. L. 54. L. 76. ff. eod.* Valerio Máximo, *lib. 8. cap. 2.* y Jelio, *lib. 7. cap. 15.*, refieren haber sido condenado en Roma como ladrón uno que habiendo recibido prestado de un amigo un caballo hasta Ariacia, le llevó fuera de la ciudad á un monte cercano. Tan ríjida era la disciplina de los antiguos romanos. Finalmente, hay hurto de *posesion*, cuando uno sustrae una cosa propia que otro posee justamente, v. gr., si el dendor sustrae

32 *De las obligac. que nacen del delito.*

una prenda al acreedor; §. 10. *Inst. h. t.* 2.º Además, el hurto segun la ley de las XII tablas se divide en manifiesto, no manifiesto, concebido, ofrecido, prohibido, y no exhibido. Era *manifiesto* cuando el ladron era cojido en el mismo acto de robar, ó antes que trasladase las cosas al sitio donde se dirijía. Este hurto está descrito por Virjilio en la *Ecl.* 3. v. 15.

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

Este hurto por el peligro que amenazaba al dueño era castigado mas gravemente, á saber, con el cuádruplo; porque en efecto, los ladrones que son sorprendidos y reducidos á la desesperacion, suelen defenderse con armas. *No manifiesto* es cuando el ladron no es cojido robando, ni en el camino. Esto se castigaba con el duplo, segun la misma ley de las XII tablas, §. 3. *Inst. h. t.* *Concebido* era el hurto buscado y hallado por medio de la máscara y la faja, §. 4. *Inst. h. t.* Hemos descrito este rito oscuro por su antigüedad en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 13. *y sig.* Es de saber que los que iban á buscar una cosa furtiva marchaban desnudos, no fuera que tal vez, para calumniar, introdujesen algo en la casa. No obstante, para mirar por el pudor cubrian los lomos con una faja que llamaban lizo (*licium*). Los ojos y la cara los cubrian con una máscara agujereada. Ahora, pues, si hallaban la cosa furtiva que buscaban, el inquilino era reo de hurto encontrado, y por eso segun la ley

de las XII tablas estaba obligado al triplo, y despues al duplo, Jel. *Noct. Att. lib. II. cap. 18.* Pero este modo de encontrar los hurtos pareció desde luego poco decoroso; ya en tiempo de la república libre cayó en desuso; tan lejos está de observarse en el dia. Asi, pues, si hoy se necesita buscar la cosa furtiva en una casa sospechosa, esto no se hace por autoridad privada, sino por mandato de juez por medio de alguaciles. El hurto *ofrecido* es cuando el ladron da á otro la cosa furtiva, ó la arroja en un fundo ajeno para que sea hallada en poder de otro y no en el suyo, §. 4. *Inst. h. t.* El que hacia esto era condenado en el triplo, lo cual era solo por via de castigo, Jel. *ib.*, y Paul. *Rec. Sent. II. 31.* Hurto *prohibido* es cuando uno no admite á los que quieren buscar la cosa furtiva y les prohíbe buscarla. No se sabe á punto fijo la pena que en este caso se imponia, sin embargo de que es probable que fuese el duplo. Hurto *no exhibido* es cuando uno niega tener en su poder la cosa furtiva y no la exhibe, siendo asi que despues se le encuentra, §. 4. *Inst. h. t.* La pena de este hurto era el duplo, segun probamos claramente en el §. 1058. *, por el notable pasaje de Plauto, *Poen. Act. III. sc. 1. v. 54. y sig.*; sobre cuyo punto es increíble quanto hau disputado los críticos. Empero de todas estas especies de hurto no se hacia ya por derecho antiguo ningun uso, segun confiesa el mismo Justiniano, §. 4. *Inst. h. t.* Y en el dia suelen los majistrados en todos estos casos imponer una pena extraordinaria con proporcion al delito y á la diversidad de las circunstancias. Finalmen-

84 De las obligac. que nacen del delito.

te, el hurto ó es *diurno*, ó *nocturno*. Aquel se hace de día; este de noche. Los ladrones nocturnos se llamaban *dormitadores*, porque de día solian dormir y de noche robar. El hurto nocturno tiene de singular el ser lícito matar al ladrón de esta especie, con tal que el que le mate clame; es decir, grite y convoque los vecinos; lo cual antiguamente se acostumbraba hacer con esta fórmula: *Quirites, vestram fidem*, ó *Porro Quirites*; y de aquí viene el vocablo *quiritar* (gritar.) Esto es lo que habian establecido las XII tablas y el derecho Justiniano, *L. 54. §. 2. ff. de furt. L. 9. ff. ad L. Corn. de sicar*; y así se ve dispuesto por una ley de Solon, y por el derecho divino, *Exod. 22. 3.*; siendo de admirar la concordia de todos los legisladores sobre este punto. Y del hurto diurno que hay dispuesto? Será lícito matar al que es cojido en casa? De ningun nodo, porque de día es mucho mas fácil que de noche convocar hombres que den auxilio. Solo se exceptúa el caso en que el ladrón se defendiere con armas, porque entonces de cualquiera modo puede uno tratar de defender su vida, según dichas leyes.

§. MLXI. — MLXV.

III. Ahora siguen las persecuciones que nuestro derecho concede contra los ladrones. Según él podemos obrar *civil* ó *criminalmente*. Si obramos civilmente, pedimos que se nos pague la pena pecuniaria; pero en el segundo caso solicitamos que se proceda criminalmente contra el ladrón, v. gr., azotándolo ó cortándole las manos,

etc. Además, obramos civilmente ó por la accion persecutoria de la cosa para que se nos resarza el daño, ó por la accion penal para recojer la pena pecuniaria ó multa. La accion persecutoria de la cosa que nace de este delito es la *accion furtiva*, la cual tiene algo de singular. Efectivamente, por lo regular, segun nuestro derecho, se observa la regla de que *nadie interpone accion para su cosa*, es decir, que nadie pide su cosa con accion personal, sino que la *vindica*, esto es, la solicita por accion real, §. 14. *Inst. h. t.* Pero en este caso se ha permitido contravenir á esta regla por odio á los ladrones, para que estos estuviesen obligados por mas acciones. Por esta razon puedo *vindicar* una cosa del ladron, ó *pedirla por la accion furtiva*; vindicarla de cualquier poseedor, ó entablar la accion contra el ladron ó sus herederos. Por lo cual se concede la accion furtiva al dueño, no á otro (en lo que difiere de la accion de hurto), contra el ladron ó sus herederos para obtener la restitucion de la cosa furtiva ó su estimacion. Esta accion no infama, porque es persecutoria de la cosa, *L. 36. ff. de O. et A.* Llámase accion penal la *accion de hurto*, diferente de la anterior por muchos respectos. 1.º Aquella se daba solo al dueño; esta se daba tambien á uno que tuviese interes en ello. Por ejemplo: si á mí se me prestó un libro y me lo sustrae un ladron, tengo la accion de hurto, porque en ello me va á mí interes, puesto que debo pagar al dueño mi culpa, §. 11. *Inst. h. t.* 2.º Aquella compete tambien contra los herederos, porque perseguimos ó tratamos de recobrar la cosa; esta no se da

86 *De las obligac. que nacen del delito.*

contra ellos, §. 1038. 2. 3.º Aquella se da para el simple, es decir, para que la cosa se restituya; esta se da para la pena del duplo ó del cuadruplo, segun que el hurto es manifiesto ó no manifiesto. 4.º Aquella no infama; esta es famosa. Cuyas diferencias deben tenerse presentes, y ademas se notará que una de estas acciones no quita la otra. Porque si ya he conseguido la pena, aun tengo la accion para recuperar la cosa furtiva; y si recibí la cosa, todavía puedo solicitar la pena. Por el contrario, la accion furtiva y la vindicacion de la cosa, y asimismo la accion de hurto y la persecucion criminal, no pueden acumularse porque tienden á una misma cosa. Asi se obraba civilmente. Fuera del orden regular tambien se obraba *criminalmente* para que se pagase al fisco la multa, se impusiese la pena de azotes, se cortasen las manos, ó se aplicase otra pena corporal afflictiva, *L. 16. ff. ad leg. Jul. pecul.* Pero Justiniano prohibió mutilar el cuerpo del ladron, ó matarlos, y quiso que fuesen desterrados. Linda severidad! Qué cosa mas apetecible para los ladrones que el destierro? Todo lo llevan consigo, y no menos pueden robar en el destierro que en su patria. Luego esta pena no alijirá mas á los ladrones, que mortificaba al cangrejo el horrible suplicio que se dice habersele impuesto por no sé que jén-te, esto es, el ser arrojado en el agua para que se ahogase.

§. MLXVI. — MLXX....

TITULO II.

De los bienes robados.

§. MLXXI. — MLXXV.

Hasta aqui hemos hablado del primer delito privado, que es el hurto. Sigue otro, la *rapiña*, ó como le llama el pretor en su edicto, *vis bonorum raptorum*. Sobre él diremos, 1.º en que consiste su naturaleza, §. 1071. 1075.: 2.º cuál es la pena del robador segun el derecho romano, §. 1076. 1078.

I. La naturaleza de este delito se infiere de su definicion. La *rapiña* es la sustraccion violenta de una cosa mueble ajena, hecha con dolo malo para sacar utilidad. Decimos, 1.º que la rapiña es la sustraccion *violenta*; porque (a) en esto se diferencia del hurto, el cual es el acto de tomar fraudulentamente; siendo así que la rapiña consiste en la violencia. (b) Tambien se diferencia en esto de la *concusion*. Porque si alguno obliga á otro con fuerza y amenazas á que le dé, es reo de concusion; pero si él mismo lo arrebatara, se tiene por robador. Decimos, 2.º que la rapita es la sustraccion *de una cosa mueble*, en lo cual conviene con el hurto. De aqui inferimos (c) no ser reo de rapiña el que echa á otro de la posesion de una cosa inmueble, y que este debe ser roconvenido por la accion de por la fuerza pública y privada (*vi publica et privata*), ó por el interdicto donde por la fuerza (*unde vi*), L. 2. §. 1. ff. h. t. Añadimos, 3.º de una cosa mueble ajena;

y esto es comun al hurto y á la rapiña. Pero se pregunta, si en el caso de que alguno saque por fuerza una cosa propia á otro, se debe tener tambien por robador? Resp. que no, por quanto la definicion de la rapiña no cuadra á este caso, *L. 2. §. 18. ff. vi bon. rapt.* Sin embargo, no quedará impune el que se hace justicia por su propia mano sin aguardar el auxilio del juez. En efecto, son de notar dos leyes, *L. extat 13. ff. quod met. causs.*, y *L. si quis in tantum 7. C. unde vi*; en las cuales se manda que si uno saca por fuerza una cosa propia á otro, pierda el dominio de esta cosa. Y si sacare por fuerza como suya una cosa ajena, no solo la ha de restituir, sino que además está obligado á pagar su estimacion. Por lo demas, entre la *L. extat*, y la *L. si quis in tantam*, hay la diferencia de que aquella trata de las cosas muebles, y esta de las inmuebles ó raices. Finalmente, 4.º añadimos que la rapiña se hace *con dolo malo y por obtener una utilidad*. Luego cesando el dolo, v. gr., si el que tomó la cosa estaba loco ó borracho, cesará la pena ordinaria. Por lo que respecta á la ganancia, aqui no se pregunta cuanta fue la que obtuvo el robador, sino solo si robó para obtenerla. Y asi es, que hay ejemplos de hombres que por haber robado en un camino público á una mujer algunas monedas, fueron condenados á muerte, *L. 2. §. 18. ff. h. t.*

§. MLXXVI. — MLXXVIII.

II. Vamos á hablar de la pena que impone el derecho romano. Procedían los romanos contra los que robaban, ó *civilmente*, ó fuera del órden coman y regular *criminalmente* para imponer la pena capital ú otra corporal afflictiva. Los que obraban civilmente tenían dos acciones, *la de hurto manifesto*, ó la accion de rapiña (*vi bonorum raptorum*), porque Justiniano no dudó que la accion de hurto debia convenir tambien en este caso, por cuanto el robador no dejaba de ser un detestable ladron, *pr. Inst. h. t.* Si uno intenta la accion de hurto manifesto, consigue el cuádruplo de lo que se le robado. Si entabla la accion de repiña (*vi bonorum raptorum*), consigue igualmente el cuádruplo, *d. pr. Inst. h. t.* Qué diferencia, pues, hay entre estas acciones? Y por qué las leyes concedian dos acciones, de las cuales ninguna es mas pingüe que la otra? Se responde que media una gran diferencia, y que la accion de hurto manifesto, es mucho mas pingüe que la otra de rapiña (*vi bonorum raptorum*). Porque 1.º la accion de hurto manifesto es meramente penal; este cuádruplo contiene solo la pena, y el que la ha conseguido puede todavía pedir por la accion furtiva la cosa robada ó su estimacion; pero la accion de rapiña (*vi bonorum raptorum*), no es meramente penal, sino que la pena es del triplo; lo que escede de esto contiene la estimacion de la cosa, y por tanto fuera de este cuádruplo

no puedo repetir la cosa robada. 2.º La acción de hurto manifiesto es perpétua, y cuando quiera que se instituye se da para el cuádruplo; por el contrario, la acción de rapiña (*vi bonorum raptorum*), por ser pretoria, se da solo dentro de un año para el cuádruplo, y pasado este solamente para el simple valor. Así se obraba civilmente contra el robador. Con la severidad *criminal* perseguía el Derecho á los *rateros y ladrones*. Se entiende por rateros los que infestan los caminos públicos, y despojan á los caminantes, aunque sin embargo no los matan; por el contrario, se llaman ladrones los que matan y roban ensangrentando los despojos. Aquellos igualmente que estos eran condenados á muerte, y además los ladrones eran colgados de una horca, L. 28. §. 10. 15. *ff. de poenis*.

§. MLXXIX....

TITULO III.

De la ley Aquilia.

§. MLXXX. — MLXXXIV.

El tercer delito privado, sobre el cual se promulgó la Ley Aquilia, es el *daño causado injustamente*, por el cual se entiende toda disminución del patrimonio causada sin ningún derecho por un hombre libre. Acerca de este delito veremos, 1.º la naturaleza del daño causado injustamente, §. 1080. 1084.: 2.º los capí-

tulos de la ley Aquilia, y las acciones que de ella nacen, §. 1085. 1091.: 3.º los atributos de estas acciones, §. 1092. 1094.

I. El mejor modo de entender la naturaleza del daño causado injustamente será explicar la definición. Decimos en ella que este daño es *cualquiera disminucion del patrimonio*. De aqui se infiere, que un daño inestimable propia y directamente no se vindica por esta ley; porque, v. gr., si un hombre es muerto ó herido, cesa enteramente la accion de la Ley Aquilia; y en el primer caso se procede criminalmente por la Ley Cornelia de asesinos, y en el segundo caso compete la accion útil de la Ley Aquilia, acerca de la cual se hablará en el §. 1092. Decimos *ademas injustamente*, ó lo que es lo mismo injuria causada sin derecho. De donde se infiere, 1.º que es igual que el daño se cause por dolo malo que por culpa lata, leve ó levísima, §. *un. Inst.*; pues aunque ordinariamente pertenezca á la naturaleza del delito ser perpetrado con dolo malo, §. 1034., tiene sin embargo de singular la Ley Aquilia que vindica toda clase de culpa aunque sea la levísima. Por lo cual ya arriba en el mismo §. observamos que propiamente el daño causado injustamente es verdadero y quasi delito, y que sin embargo se cuenta entre los verdaderos, por quanto la denominacion se toma de lo principal. De esto se ven en el derecho romano notables ejemplos; v. gr., en la *L. 11. ff. ad L. Aquil.* se refiere que un barbero afeitó en un camino público á un siervo, y como en el mismo sitio estuviesen jugando á la pelota unos muchachos, resaltó la pelota y tocó en la mano del

barbero en el mismo momento en que la navaja estaba hácia la garganta, y sucedió quedar el siervo degollado. A la verdad que la culpa del barbero era leve, y sin embargo, por haber afeitado en un sitio en que los muchachos solian jugar la pelota, estaba obligado. Pudiera alguno pensar que no es probable que en Roma los barberos ejerciesen su oficio en un camino público. Pero nos saca de la duda un epigrama de Marcial, *lib. VII. ep. 60*, en el cual se manifiesta que Domiciano habia quitado esta costumbre: las palabras del epigrama son estas:

*Nula catenates pila est praecineta lagenis,
Nec praetor medio cogitur ire luto.
Fringitur in densa nec caeca novacula turba,
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonsor, caupo, coquus, lanius, sua limina servans.
Dunc Roma est, nuper magna taberna fuit.*

Hasta la debilidad es imputada por la ley Aquilia. Asi es, que si uno, v. gr., arrienda su servicio para hacer de cochero siendo tan débil que no pueda refrenar los caballos fogosos, y estos pisoteasen á un siervo, ó causan otro daño, esto se imputará al cochero, cuya culpa consiste en que sabiendo su debilidad emprendió cosas superiores á sus fuerzas. Véase el §. 4. sig. *Inst. h. t.* Cualquiera pues que sea la culpa que concurra, tiene lugar la accion de la ley Aquilia, porque basta que se haya causado un daño injustamente. 2.º De aquí inferimos que el que usa de su derecho á nadie hace injuria,

porque de esta manera el daño no se hace injustamente. Asi es, que si por ejemplo, hago un pozo en mi heredad, y sucede que se cortan las venas del pozo de un vecino, no hay lugar á la accion de la Ley Aquilia, por quanto he usado de mi derecho. Y aqui pertenece lo que en la *L. 1. C. unde vi* se llama gobierno de la inculpada defensa (*moderamen inculpatae tutelae*), que es cuando uno mata al agresor; pues lo que uno hace en defensa de su vida, se considera que lo hace con derecho, *L. 3. ff. de Just. et Jure*. Pero no puede usar de esta defensa, á no ser 1.º que sea otro el agresor; por lo cual en un desafio no hay lugar á ello: 2.º que el peligro sea inminente, y que no pueda evitarse de otro modo, §. 2. *Inst. h. t.*: 3.º que esta muerte se verifique incontinenti. Porque si evitado ya el peligro mata uno al agresor, no quedará sin castigo: 4.º de aqui colejimos que si por casualidad causare yo daño á otro, cesa la accion, §. 3. *Inst. h. t.* Por ejemplo: si jugando con un dardo hiriere á alguno, si disparando una escopeta se rompe á otro la cabeza, cesa la accion, porque el caso fortuito nadie lo paga, ni en los contratos ni en los delitos. Pero sin embargo se debe tener presente la limitacion de que la cosa sucede en cosa lícita, lugar lícito, y de un modo lícito. Asi es, que si uno al disparar una escopeta en un camino público causa daño por casualidad, no deja de ser culpable, por que en sí es ilícito disparar una escopeta en un camino público.

§. MLXXXV.—MXCI.

II. En la otra parte de este título tratamos de los capítulos de la Ley *Aquilia*, los cuales fueron muchos, según observa muy bien Ger. Nood. en su obra *de la ley Aquilia*, c. 1. Tres son sin embargo los que se cuentan en la *Instituta*; el segundo de los cuales desapareció tan completamente, que en el día ni siquiera consta de que trataba. No obstante, en nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 5. *sig.* hemos hecho mención de las varias opiniones de los eruditos. Mas el primero y el tercero aun se hallan descritos en la *Instituta*, por lo cual manifestaremos sus diferencias. Diferéncianse en el *sugeto*, en el *acto* y en el *efecto*; 1.º en el *sugeto*, pues en el primer capítulo se trata solo de un siervo ó sierva y de un cuadrúpedo, por el cual los jurisconsultos entienden todo animal que pasta, como ovejas, cabras, vacas, ó que se doma por el lomo y el cuello; como el camello, el caballo, el buey que ara, etc. En el tercer capítulo se trata de todas las demas cosas, en que se nos ha causado daño, v. gr., si nuestros árboles son quebrantados, si nos rompen un vaso de plata: 2.º se diferencian estos capítulos en el *acto*. Porque por el primer capítulo se vindica la *muerte*, y por tanto no se puede usar de este capítulo, si el siervo, la vaca ó el buey han sido heridos, sino si han sido muertos; mas por el tercer capítulo se vindican todos los demas actos en que se me ha causado daño; por ejemplo, si se ha

herido á un siervo mio, si se me hubiese quebrantado, quemado ó roto algo, *Ley 27. §. 5. ff. h. t.*: 3.º se diferencian en el efecto. Porque si se instituye accion por el primer capítulo, el reo está obligado á pagar tanto como lo que mas valió esta cosa dentro del año próximo anterior. Por ejemplo; si me han matado un siervo que nueve meses antes hubiera podido venderse en mil florines: mil florines habrá que pagarme, aun cuando en el tiempo en que me lo mataron apenas valiese ciento. Por el contrario, segun el tercer capítulo se estima la cosa en tanto como mas valió en los treinta dias anteriores. Asi pues ya podremos describir facilmente la accion de la Ley Aquilia. Si da al que sufrió el daño, ó á su heredero, contra el que causó el daño, no contra su heredero (porque es accion penal, §. 1038. 2), para que pague tanto como la cosa valió mas dentro del año anterior, si obró por el primer capítulo; y si obró por el tercero, el mayor valor de la cosa en el espacio de los treinta dias anteriores. Luego esta accion es penal y persecutoria de la cosa. Porque fuera de la estimacion recibo algo mas por via de pena: á saber, si en el año ó mes anterior valió la cosa mas que en el tiempo en que se causó el daño. Lo cual observa el emperador en el §. 9. *Inst. h. t.* Y se estima no solo la cosa determinada, sino tambien todo el restante daño, v. gr., si otras cosas por causa de esta han disminuido de precio. Por ejemplo; si tengo un tiro de cuatro caballos de sobresaliente marca, y de un hermoso color igual, el que me matare uno de

ellos, no solo deberá volverme lo mas que dicho caballo valió en el año próximo, sino tambien lo que esto hizo disminuir el precio de los otros tres. Otros ejemplos trae la Ley 22. §. 1. L. 27. pr. §. 1. 2. ff. §. 10. Inst. h. t.

§. MXCH. — MXCIV.

III. Siguen algunos atributos de esta accion de la Ley Aquilia, los cuales son tres, y vamos á esponerlos por su orden. 1.º El primer atributo es que se da una accion útil por la Ley Aquilia en el caso de ser un hombre herido. Porque aunque sus heridas no pueden estimarse, admiten sin embargo estimacion los gastos hechos para curarse, y lo que se llama obras cesantes y daños emerjentes; y el reo será entonces obligado á pagar esta estimacion, L. 13. ff. h. t. 2.º Otro atributo es que en esta accion los resultados se agravan negando; es decir, que si uno confiesa desde luego haber causado el daño, es condenado en el valor simple, esto es, en el mayor valor que tuvo la cosa en el año ó mes anterior. Pero si se obstina en negar que él ha causado el daño, y despues sale convencido, será condenado en el duplo, en castigo de la mentira y calumnia, §. 26. Inst. h. t. En lo cual es digna de alabanza la severidad de los romanos, que no sufrían que nadie mintiese impunemente en un acto judicial. 3.º El tercero y último atributo consiste en ser triple esta accion. Porque si alguno con el cuerpo causó daño al cuerpo, se llama accion *directa*; por ejemplo, si uno mató el siervo de otro. Si

alguno aunque causó daño al cuerpo, no lo hizo con el cuerpo, se llama accion *útil*; por ejemplo, si uno persuadió á un siervo mio á que se subiese á un árbol, y despues se cayó de él. Finalmente, si nada se ha hecho ni al cuerpo ni con el cuerpo, y no obstante á mí se me causó daño, se llama accion en el hecho (*in factum*); v. gr., si uno desató á un siervo mio que yo tenia atado, y despues se escapó. Asi se espresa Justiniano en el §. *ult. Inst. h. t.* La primera accion nace de las palabras de la Ley Aquilia, la segunda de la interpretacion de los jurisconsultos, y la tercera del edicto del pretor.

§. MXCV....

TITULO IV.

De las injurias.

§. MXCVI.—MC.

El último delito privado es la *injuria*; cuya palabra se toma aqui en un sentido distinto que en el título anterior. En él se llamaba injuria ó injusto lo que no se hace con derecho, §. 1081.; aqui injuria significa una afrenta ó ignominia que se hace á alguno, y sobre ella examinaremos: 1.º qué cosa sea y de cuántas maneras la injuria, §. 1096. — 1100.: 2.º qué persecuciones se dan contra las injurias por derecho romano, §. 1101. — 1110.: 3.º cuándo cesan estas acciones, §. 1111.

I. Se pregunta, qué cosa sea y de cuántas

maneras la injuria? La definicion es clara. Es cualquier dicho ó hecho dirigido con dolo malo á la afrenta de otro. De esta definicion se derivan varias conclusiones. En efecto, consi- tiendo la injuria en un *dicho* ó en un *hecho*, se infiere que es *verbal* (la que se hace con pala- bras afrentosas) ó *real* (cuando con un hecho ofende la estimacion de otro; v. gr., empuján- dolo, azotándole, etc.). Suelen añadir otras dos especies: la escrita, que se hace con escritos ofensivos; y la *pintada*, que se verifica por me- dio de pinturas. Pero no hay inconveniente en referir la escrita á la verbal, y la pintada á la real. Además, como una afrenta puede ser ma- yor ó menor que otra, se sigue que la injuria es *simple* cuando no hay circunstancias que la agraven, y *atroz* cuando median circunstancias agravantes. Estas circunstancias agravantes son: 1.º la atrocidad del hecho, v. gr., si uno ha si- do azotado ó rempujado: 2.º la celebridad del sitio, por ejemplo, si uno injuria á otro en un templo, en la plaza ó en un tribunal: 3.º la dig- nidad de la persona, v. gr., si la injuria fue hecha á un majistrado: 4.º la solemnidad del tiempo, v. gr., si uno al casarse ó al asistir á un funeral es injuriado, §. 9. *Inst. h. t.* Ha- blamos además en la definicion de *dolo malo*, porque sin dolo ó ánimo de injuriar no puede haber injuria. De lo cual se infiere: 1.º que un furioso, un infante, ni un loco no son reos de injuria, aunque digan ó hagan alguna cosa que sea dura é inmodesta, *L. 3. §. 1. ff. h. t.* 2.º Que lo que se dice chanceándose, no se debe tener por injuria, *L. 3. §. 3. ff. eod.*; sobre

cuyo punto debe sin embargo atenderse á la dignidad de las personas. Porque si un plebeyo dice que se ha chanceado, v. gr., con un príncipe, esta disculpa no seria admisible, pues con personas de clase tan encumbrada no es lícito chancearse con semejante irreverencia. Cesa tambien la injuria, 3.º si uno tuvo intencion, no de injuriar, sino de dar á un siervo una bofetada, y al darla se fue la mano, hiriendo á un hombre libre, L. 3. §. 4. L. 4. ff. h. t. Y qué sucederá si no tratando de herir á un siervo sino á Ticio, herí á Mevio? Cesará entonces la accion de las injurias? No por cierto, porque el que hiere á un siervo, heria en una cosa lícita; pero el que hiere á Ticio, que es hombre libre, delinque: 4.º por último deducimos no ser reo de injurias el que con intencion de enmendar y corregir dijo ó hizo algo, por ejemplo, un ministro del altar, un magistrado, un preceptor. Pero sin embargo esta presuncion admite prueba en contrario. Si, pues, puede probarse que un ministro de la iglesia se desenfrenó contra alguno, no por via de enmienda, sino por ánimo de injuriar, y por satisfacer á pasiones innobles, estará obligado por la accion de injurias. Sobre esto se ve un caso en la L. 5. §. 3. ff. ad L. Aquill. Un zapatero que tenia de aprendiz á un muchacho, en una ocasion en que este hacia mal un zapato, le hirió con una horma en tales términos, que echó sangre por los ojos. Se preguntaba si se daría contra el tal zapatero la accion de injurias? Se niega en dicha ley, porque si hirió fue con ánimo de corregir. Pero no obs-

tante, por cuanto causó daño por su culpa, se concedia contra él la accion de la Ley Aquilia. Finalmente, se dice en la definicion: *dirigido á la afrenta de otro*. Esto puede hacerse de dos modos; ó *directamente*, de manera que nosotros mismos suframos la injuria; ó *indirectamente*, causándonos la injuria por medio de alguno de nuestra familia. Por eso, v. g., al padre tiene la accion de injurias, si su hija fue injuriada; el marido si lo fue su mujer; el señor si se dirige al siervo la afrenta (porque segun el derecho romano, al mismo siervo no se le puede hacer mas injuria que á un perro). Pero se pregunta si tambien la mujer tiene la accion de injurias por una afrenta hecha al marido? Se niega, pues seria indecoroso que el marido fuese defendido por la mujer. Exceptúase solo el caso de que la injuria hecha al marido ofenda al mismo tiempo el honor de la mujer; por ejemplo, si uno llamó al marido cabron, es igual que si hubiese llamado adúltera á la mujer: luego tanto el marido como la mujer tendrán en este caso la accion de injurias. Véase el §. 2. *Inst. L. 1. §. 3. sig. L. 11. §. 8. ff. h. t.*

§. MCI. — MCX.

II. Hemos visto que cosa sea y de cuantas maneras la injuria. Ahora esplicaremos las varias persecuciones judiciales que competen al injuriado. Las principales son cinco. 1.º La persecucion pretoria estimatoria. 2.º La persecucion extraordinaria criminal. 3.º La accion ci-

vil y criminal de la Ley Cornelia de injurias. 4.º La retorsion. 5.º La accion para conseguir la retractacion ó palinodia. I. La *accion pretoria estimatoria* trae oríjen de la maldad de un tal Luctacio Neracio, hombre perverso, segun nos dice Aul. Gel. *Noct. Astic. lib. XX. C. 1.* Por la ley de las XII tablas, la pena de las injurias eran veinte y cinco ases, suma considerable en los primeros tiempos de la república, pero que habiéndose aumentado despues las riquezas de los romanos, se tenia por nada. Como el tal Neracio tuviese el mayor gusto en abofetear y dar puñadas á hombres libres, acostumbraba salir de casa acompañado de un lacayo que llevaba un bolsillo de dinero. Al primero que encontraba le daba una bofetada, y al instante echaba mano á la bolsa el siervo, y pagaba los veinte y cinco ases. Sabiendo esto el pretor, quitó la multa de los veinte y cinco ases, impuesta á los injuriantes, y concedió á los injuriados la facultad de estimar la injuria en cierta cantidad de dinero, condenando en ella al reo, salvo alguna moderacion en dicha cantidad. Asi que, esta accion estimatoria se da al que sufrió la injuria, contra el que se la hizo, para que pague cierta cantidad en que se haya estimado: por tender solo á la venganza, es odiosa, y no se concede ni al heredero, ni contra el heredero, ni pasado un año, §. 7. *sig. Inst. h. t.* II. La persecucion criminal se concedia estraordinariamente en ciertos casos: 1.º por una injuria atroz: 2.º por una injuria hecha al culto divino ó á los que le desempeñan, L. 10. *C. de et cler.*; y 3.º por un libelo

infamatorio, por el cual se entiende un escrito en que uno imputa á otro algun crimen infame ó capital, ya sea suponiendo el nombre, ya espresándole, esparciéndole por el público con fin siniestro. Por esta y la segunda causa tiene lugar la pena capital, *L. un. C. de famos. libell.* Por la injuria atroz la pena es arbitraria, de relegacion, azotes, obras públicas, etc. §. 10. *L. ult. ff. h. t.* Por lo demas debe aqui observarse que la accion estimatoria y la persecucion criminal no pueden acumularse, y que antes bien se escluyen mútuamente, porque ambas son penales, y por un solo delito nadie puede ser castigado dos veces. Luego el que obra criminalmente, en vano pide la estimacion; y el que entabla la accion estimatoria, en vano obrará criminalmente. Las acciones que tienden á una misma cosa no pueden ser acumuladas, *L. 6. L. 7. ff. h. t.* III. La tercera es la accion de la *Ley Cornelia de injurias*, asimismo civil, es decir, estimatoria ó criminal; que se da para una pena arbitraria. Consiguendo pues lo mismo por la accion de la *Ley Cornelia*, que por la accion pretoria estimatoria, y la persecucion criminal, hay alguna diferencia entre estas acciones, ó mas bien deberá decirse que una de las dos es supérflua? Respondo que en realidad hay una gran diferencia. 1.º La accion pretoria es jeneral, y se concede por cualquier injuria verbal ó real; la accion de la *Ley Cornelia* es especial. Se da por tres injurias reales, á saber: 1.º si alguno fue azotado: 2.º si fue rempujado: 3.º ó si se encontró por fuerza en su casa. Aqui azotar signi-

fica herir con dolor, y rempujar herir sin él. L. 5. §. 1. ff. h. t. 2.º La pretoria se da solo por un año, L. 5. C. h. t.: la accion de la Ley Cornelia es perpétua, y por tanto si se obra civilmente dura treinta años, y si criminalmente dura veinte. IV. La cuarta es la *retorsion*, por la cual no entendemos ninguna accion, sino la venganza privada, que consiste en que aquel que recibió la injuria la devuelva incontinenti al otro: por ejemplo; tú mientes, tú sí que eres un embustero, L. 14. §. 6. ff. de bon. libert. Acerca de ella debe observarse: 1.º que tan solo es permitida en las injurias verbales, no en las reales, por lo cual no quedaria impune el que habiendo sido azotado devolviese azotes: 2.º que ella quita la accion de injurias; porque con qué vergüenza implorará el oficio del juez quien se haya hecho justicia á sí mismo? 3.º que la retorsion mas bien es tolerable que no laudable, como contraria el ejemplo de Jesucristo, que no volvia maldiciones á los que le maldecian, y enteramente opuesta á la mansedumbre cristiana. V. La última es la *accion para la palinodia* ó retractacion, desconocida de los romanos y usada en algunos parajes; la cual se da al que sufrió la injuria contra el que se la hizo para que se desdiga ó retracte, y confiese públicamente haber mentido.

§. MCXI.

III. Pregúntase finalmente cuándo cesa la accion de injurias? Hay cuatro casos en que cesa: el 1.º es la *retorsion*, de la cual hemos

dicho poco antes que quita la accion de injurias, por haberse hecho justicia por sí mismo el injuriado: 2.º el segundo modo es la *remision*; porque, quién ha de ir á dar conocimiento á un juez de la injuria que ya ha perdonado? La remision se hace ó *espresamente* por palabras, ó *tácitamente* por el mismo hecho; v. gr., si alguno que ha recibido una injuria habla familiarmente, cena, bebe ó se divierte con el que se la ha hecho, §. *ult. Inst. h. t.* 3.º el tercero es la *prescripcion*, de un año si se trata de la accion pretoria, de treinta tratándose de la accion de la Ley Cornelia, y de veinte años por lo que hace á la accion criminal, §. 1107. Pasado este tiempo en vano se trataria de entablar accion, L. 4. *C. de injur.*: 4.º el último es la muerte, ya del injuriante, ya del injuriado, §. 1. *Inst. de perpet. et temp. act.* Poco antes hemos visto que esta accion no se da á los herederos, ni contra los herederos, porque tiende á la venganza. Luego con razon espira con la muerte de cualquiera de los dos. Esceptúase solo el caso de que el pleito se hubiese contestado antes de la muerte, L. 13. *pr. ff. h. t.*, porque por la litiscontestacion se hace una novacion, §. 1019., y lo que antes se debia por delito, despues se debe por cuasi contrato; y por tanto pueden obrar herederos contra herederos.

TITULO V.

De las obligaciones que nacen del cuasi delito.

§. MCXII.

Hemos tratado de los cuatro delitos privados; á saber: del hurto, rapiña, daño causado injustamente y de la injuria. Resta ahora hablar de los *cuasi delitos*; los cuales ya arriba hemos definido ser *unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa sin dolo malo*. Algunos dan otras definiciones, pero con poca exactitud. Porque los que dicen que el cuasi delito es una obligacion que no nace de contrato, ni de cuasi contrato, ni de delito, *pr. Inst. h. t.*, estos dicen lo que la cosa no es; pero no dicen lo que es: requisito esencial en una definicion. Estravio tambien incurre en el error de decir que el cuasi contrato es una obligacion que nace de una culpa ajena que se nos imputa. Pero esto tambien es manifiestamente falso. Porque el juez que falla sin prudencia, cuasi delinque, §. 1113.; y no obstante, tan lejos está de imputársele una culpa ajena, que antes bien él queda libre de pena, si la culpa fue de los asesores, *L. 2. ff. quod quisque juris in alium stat.* Pudiera objetarse el cuasi delito de lo que se derrama ó se arroja (*de effusis et dejectis*); en el cual el hecho de la esclava ó esclavo se imputa al inquilino. Pero se responde que propiamente no se imputa al inquilino el hecho del siervo ó de la sierva, sino que es culpa del mismo inquilino no recibir en su casa ó familia jentes mas cuida-

106 De las oblig. que nac. del cuasi delito.

dosas, §. ult. *Inst. h. t.* De estos cuasi delitos referiremos seis: 1.º el de un juez que hace suyo el pleito, §. 1113.: 2.º el de las cosas arrojadas y derramadas, §. 1114. 1116: de lo suspendido y mal colocado, §. 1117. 1119: 4.º el de los patrones, mesoneros y posaderos, §. 1120. 1122.: 5.º la compasion intempestiva; y 6.º la connivencia, §. 1123. De paso advertiremos que de todos los cuasi delitos nace una accion *en el hecho (in factum)*, aunque lleve diversos nombres; v. gr., la accion *en el hecho (in factum)* de lo derramado y arrojado; la accion *en el hecho (in factum)* contra patrones, mesoneros y posaderos, etc.

§. MCXIII.

I. El primer cuasi delito es el de un juez que hace suyo el pleito. Hacer suyo el pleito tanto quiere decir como juzgar indiscretamente. Aqui deben distinguirse tres casos, porque é el juez falló mal con dolo malo, v. gr., por odio, afecto ó soborno, ó lo hizo por impericia é imprudencia; por ejemplo, si habiéndose nombrado cónsul á un sastre, mide el derecho, que nunca ha saludado, del mismo modo que mide el paño, ó bien el juez que no sabe derecho consultó á los asesores, y segun el parecer de estos pronunció la sentencia. En el primer caso es reo de verdadero delito, y por tanto no solo paga la estimacion del pleito, sino que tambien es infamado y removido de su empleo, *L. ult. C. de poen. jud. qui mal jud.* Y si ha dejado corromperse por dinero se puede

obrar criminalmente contra él por la Ley Julia de peculado, L. 1. L. 6. §. ult. ff. ad L. Jul. repet. En el tercer caso no puede entablarse accion contra el juez, sino contra los asesores que sujirieron tan mal consejo. L. 2. ff. quod quisque jur. Queda pues el *segundo caso*, en el cual el juez es reo por un cuasi delito, por haber hecho suyo el pleito desempeñando el oficio de juez sin saber las leyes ni consultar á otros que fuesen intelijentes. En esto consiste su culpa. La pena es una multa arbitraria, pr. Inst. h. t. La accion que resulta de este cuasi delito se llama en nuestro derecho *accion en el hecho* (*in factum*), y los glosadores y pragmáticos le dan el nombre de accion *de syndicatu*; la cual se concede á aquel contra quien se ha fallado injustamente, contra el juez que juzgando indiscretamente hizo suyo el pleito, para que se le imponga una pena arbitraria. Puede objetarse que esta pena es inicua: y que el actor debe imputarse á sí propio el no haber interpuesto apelacion de una sentencia tan injusta y absurda. Pero ya hemos respondido en el escolio, Dicast. de Zieglero, que omitiéndose la apelacion adquiere derecho la parte contraria; mas no por eso puede disculparse el juez. Luego si este opusiera esta escepcion se deberia desechar, por ser relativa al derecho de un tercero.

§. MCXIV. — MCXVI.

El segundo cuasi delito es el *de las cosas derramadas y arrojadas*, el cual consiste en haberse derramado ó arrojado de nuestra casa al-

108 De las oblig. que nac. del cuasi delito.

guna cosa en un paraje donde suele juntarse ó pararse la jente. Si de esta suerte se hace daño á alguno, está el inquilino obligado, aun quando no haya sido él mismo el que derramó ó arrojó, no por culpa que se le impute, sino porque él propio no carece de ella por tener en su casa una familia tan descuidada. Por lo demas aqui hay que distinguir cuatro casos, acerca de cada uno de los cuales dió disposiciones en su edicto el pretor. 1.º El primero es si por derramar ó arrojar algo se causó un daño estimable; v. gr., si se mató un siervo, ó si se manchó á alguno el vestido, y entonces se da la accion *en el hecho* (*in factum*) á la persona interesada contra el inquilino, no contra sus herederos, por ser accion penal, para conseguir el duplo; y en este caso la accion es perpétua, L. 5. §. 5. *ff. de his qui effud.* 2.º El segundo caso es si se mató á un hombre, y por tanto se causó un daño inestimable. Entonces la accion *en el hecho* (*in factum*) es popular, no dura mas de un año, y no compete á los herederos ni contra los herederos, L. 5. §. 5. *ff. §. 1. Inst. eod.* Por consiguiente puede entablar esta accion cualquiera del pueblo contra el inquilino, no contra sus herederos, para la pena de cincuenta áureos, que se deben pagar al actor, L. 1. §. 5. *ff. eod.* 3.º El tercer caso es si un hombre libre no fue muerto, sino herido, ó se le causó de otra manera daño en su cuerpo. Entonces, por quanto el dolor y las heridas no admiten estimacion, tan solo se estiman las obras cesantes, los gastos hechos en la curacion, y los otros daños, segun hemos visto arriba, en la

explicacion de la Ley Aquilia, §. 1092. Asi que, esta accion se da al herido contra el inquilino, no contra los herederos, para conseguir la estimacion de las obras cesantes, y la restitution de los gastos de la curacion y de los demas perjuicios. Tambien en este caso la accion en el hecho (*in factum*) es perpétua. L. 5. §. *ult. ff. eod.* 4.º El último caso es si consta que era siervo el que derramó ó arrojó la cosa. Mas no estando obligado el dueño por el delito del siervo de otro modo que *noxalmente* (dando el siervo para que le castiguen), tambien en este caso se entabla la accion *noxal en el hecho* (*in factum noxalis*) (para la recuperacion del daño), que compete al perjudicado contra cualquiera poseedor de este siervo (pues las acciones *noxales* son *escriptas en la cosa* (*in rem escripte*), §. 1112.) para resarcir el daño, ó entregar el siervo para que le castiguen

§. MCXVII. — MCXIX.

El tercer cuasi delito es cuando uno tiene alguna cosa puesta ó suspendida sobre un lugar en que se detienen ó pasan las jentes, cuya caida facilmente puede causar daño. Pues aunque no haya resultado daño, no obstante, interesando á la sociedad que todos vayan sin peligro por los caminos públicos, estableció el pretor la accion popular en el hecho (*in factum*), de diez aureos. Por tanto aqui obra cualquiera del pueblo contra el que pone ó suspende la cosa, no contra el habitador, para entregar al actor diez aureos, L. 5. §. 6. §. 12. *ff. eod.*

110 *De las oblig. que nac. del cuasi delito.*

Si el siervo, sin saberlo ni mandarlo el dueño, cuelga ó arroja alguna cosa, tiene lugar además de la acción noxal, y por tanto obra entonces cada uno del pueblo contra cualquiera poseedor del siervo, para que pague los diez aureos, ó entregue el siervo para que le castiguen, L. 2. *pr. ff. de nox. act.* Y si habitando el hijo separadamente del padre, se hiciese reo de este delito ó del anterior? En este caso antiguamente se procedía también noxalmente contra el padre para que pagase diez aureos, ó entregase el hijo para ser castigado. Mas desde que Justiniano prohibió que se entregasen los hijos para castigarlos, §. *ult. Inst. de nox. act.*, estableció que se obrase contra el lijo, y si este fuese condenado, se daba contra el padre la acción de lo juzgado (*judicati*) hasta lo que importase el peculio, L. 57. *ff. de judic.* Si se pone la objeción de que la acción de peculio no se da en los delitos, sino solo en los contratos de los hijos de familias, L. 58. *ff. de K. J.*, se responde que la acción de cosa juzgada no nace de delito, sino del cuasi contrato de la contestación del pleito. Luego con razón se da contra el padre hasta el valor del peculio, L. 1. L. 3. §. 11. *ff. de pecul.*

§. MCXX. — MCXXII.

IV. En el cuarto cuasi delito *de los patronos de barco, venteros, mesoneros*, se han de distinguir especialmente tres casos, para no confundir cosas muy diversas. A saber; 1) ó los mismos patronos, venteros, mesoneros cometieron

hurto ú otro daño en las cosas de los caminantes ó que van de transporte, y entonces son reconvenidos por *verdadero delito*; por ejemplo, por accion de hurto, de rapiña, por la Ley Aquilia. *V. 1. L. ff. furt. advers. naut. caup. stab.* 2) O el daño no se ha hecho por los patrones, venteros, mesoneros, sino por los estraños, como pasajeros ó caminantes que estaban en el mismo buque: y entonces se obra contra los patrones, etc., por cuasi contrato. Pues cuando recibieron las cosas ajenas en la nave ó meson, se presume tambien que prometieron la custodia, y por tanto en este caso aquel que ha sufrido el daño, obra contra ellos para que restituyan lo recibido, y resarzan todo daño, *L. 1. L. 3. L. 5. ff. naut. caup. stab. ut rest.* 3) O últimamente, el daño se ha causado en las cosas del pasajero ó caminante por la familia del patron, ventero ó mesonero, y entonces se obra por cuasi delito. Pues la culpa de los patrones y socios consiste en usar del trabajo de malos hombres, *L. 5. §. ult. ff. de obl. et act.* Este caso pues solamente pertenece á este título. Se concede en virtud de este contrato la accion en el hecho (*in factum*) á aquel que sufrió el daño, contra el patron de barco, ventero, mesonero que habia recibido las cosas, no contra sus herederos, porque es penal, §. 1038. 2., para que restituya el duplo, §. *ult. Inst. h. t.* De donde fácilmente se infiere en que se diferencia esta accion de la otra que nace del cuasi contrato. Pues 1) la accion del cuasi delito es penal; la del cuasi contrato es persecutoria de la cosa. 2) Aquella no se da contra los herederos; esta se

112 De las oblig. que nac. del cuasi delito.

da contra ellos. 3) Por aquella se consigue el duplo; por esta solamente el tanto (*simplum*). Sin embargo una y otra es perpetua. L. 7. §. ult. ff. naut. caup. stab.; lo cual es aqui singular, siendo como son por otra parte de solo un año las acciones penales pretorias, §. 1271. Sin embargo es mas prudente obrar en virtud de cuasi contrato que por cuasi delito; parte porque las acciones en el duplo apenas están hoy dia admitidas, y parte porque es mas dificil la prueba en este caso que no obrando por cuasi contrato. Pues en este pruebo solamente que han sido admitidas mis cosas en la nave ó meson; y en el cuasi delito tengo que probar que alguno de la familia causó daño.

§. MCXXIII.

Añadimos en este párrafo dos cuasi delitos de que no se hace mencion en las Instituciones; á saber; (V.) la *miser cordia intempestiva*, y (VI.) la *connivencia*. La misericordia es en sí un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal dejeneran en vicios, asi tambien esta, si es intempestiva, se tiene por delito. Los casos pueden ser varios; por ejemplo, si uno desatase á un siervo ajeno que estaba atado, y luego se escapase este; si el encargado soltase al que está en la cárcel; si el juez permitiese que se escapase el reo que habia de condenar. Véase la L. 7. pr. ff. de pos. Pues á la verdad, en estos casos no hay lugar á la misericordia, sino á la severidad y administracion de justicia. *Connivencia* es cuando uno permite

que otro cometa un delito que podia y debia evitar. Y, á la verdad, si uno que está encargado de la educacion de otro, permite que este trabe un desafío, no hay duda que esta connivencia es digna del mayor castigo. En ambos casos pues se dará la accion *en el hecho* (*in factum.*) Mas solo he referido esto por ejemplo, porque no se crea que no hay mas cuasi delitos que los que numera el emperador, *Inst. h. t.*

§. DCXXIV....

TITULO VI.

De las acciones.

§. MCXXV.

Hemos concluido la esplicacion de las dos primeras partes de las Instituciones. Pues dividiéndose estas segun los tres objetos del derecho, *personas, cosas y acciones*, §. 84., tratamos de los derechos de las personas en el libro I.: del derecho de todas las cosas prolijamente en el libro II. III y IV. hasta el título VI. Resta por tanto el tercer objeto del derecho, á saber, las *acciones*, de las que se trata desde este título hasta el XVII. Porque el título último ó XVIII es como el apéndice de todo el libro de las Instituciones, y tratándose en él de los juicios públicos, mas pertenece al derecho público que al privado.

§. MCXXVI.

Tratamos la doctrina de las acciones con tal orden, que antepuesta la definicion, se esplican en este y los titulos siguientes algunas divisiones y clases de acciones. Veremos en primer lugar la definicion. La accion puede considerarse de dos modos, ó como *cosa incorporal*, que está en nuestros bienes, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho, esto es, al título *de las cosas incorporales*; ó se toma por el *medio lejítimo* de conseguir su derecho en juicio, y entonces pertenece al tercer objeto del derecho, á este título de *acciones*. Ahora deberia Justiniano definir la accion en la significacion posterior, si quisiese observar exactamente las reglas del método. Mas él la definió en la primera significacion, diciendo que es *un derecho de perseguir en juicio lo que á uno se le debe*, *pr. Inst. h. t.*; cuya definicion se resiente de dos defectos. Pues 1) la accion en este título no es derecho, sino un medio de obtenerle. 2) No solo pedimos por la accion lo que se nos debe, sino tambien lo que es nuestro. Luego debiendo Justiniano definir la accion en jeneral, definió una especie de accion, á saber, la accion personal. Asi que, para corregir estos errores, se entenderá la definicion de esta manera: *accion es un medio lejítimo de conseguir en juicio los derechos, ya en la cosa (in re) ya á la cosa (ad rem) que competen á cada uno.*

§. MCXXVII.

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

1) Unas son reales, otras personales, §. 1127. 1171. 2) Unas son persecutorias de la cosa, otras penales, otras mistas, §. 1171. 1174. 3) Unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el duplo, otras en el triplo, otras en el cuadruplo, §. 1175. 1180. 4) Unas son de buena fe, otras de derecho estricto, otras arbitrarias, §. 1181. 1186. 5) Por unas conseguimos el todo, por otras menos que el todo, §. 1197. 1203.

1. La primera division es, que unas acciones son *reales*, otras *personales*. Aquellas se llaman *vindicaciones*, estas *condiciones*. Aquellas nacen del *derecho en la cosa* (*in re*), estas del *derecho á la cosa* (*ad rem*). Sin embargo, no negamos por eso que se den *acciones mistas*, que son al mismo tiempo reales y personales. Pues aunque estas acciones se acerquen mas á las reales, ó á las personales, no obstante, no impide esto que puedan llamarse mistas, como tampoco se llamaria puro el vino mezclado con agua, aunque de esta tenga muy pequeña parte. Y tales acciones mistas son cuatro: petición de la herencia, y los tres juicios divisorios, de fijar los límites, dividir lo comun, y partir la herencia (*finium regundorum, communi dividundo, familiae erciscundae*). Cuyas cuatro acciones en parte nacen del derecho en la cosa, á saber, la herencia ó dominio; y en parte del derecho á la cosa el cuasi contrato ó delito; y por tanto se

conceden, ya para la restitucion de la cosa, ó ya para las prestaciones personales. Esta es pues la primera division de las acciones. Ambas, tanto las reales como las personales, se subdividen en *civiles* y *pretorias*. Aquellas provienen de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes, estas del derecho honorario. La diferencia es grande por razon de la prescripcion. Pues las civiles penales son perpétuas, y las pretorias suelen ser de un año, porque no dura mas el imperio del pretor. Ahora consideraremos: 1) la naturaleza de las acciones en la cosa, §. 1128. 1129. 2) Las acciones que nacen del dominio, §. 1130. 1132. 3) Las acciones del derecho hereditario, §. 1133 y sig. 3) Las acciones de las servidumbres, §. 1135. 1137. 5) Las acciones del derecho de prenda, §. 1138. 1140. 6) Algunas acciones mistas en la cosa, §. 1141. 1144.

§. MCXXVIII. MCXXIX.

I.) En pocas palabras, la naturaleza de las acciones reales consiste (a) en que todas nacen del derecho en la cosa, en el que no está obligada la persona, sino la misma cosa, como sucede en el dominio, derecho hereditario, servidumbre y prenda, §. 334. (b) En que todas estas acciones se dan contra cualquiera poseedor, ya se le conozca ó no; bien hubiese negociado conmigo, ó no hubiese negociado, L. 25. *pr. ff. de O. et A.* Ciertamente, es distinto en las acciones personales, que se dan contra aquellos que negociaron con nosotros, y no contra un

tercero, á no ser que sean acciones escritas en la cosa (*in rem scriptae*) de las que se tratará mas abajo. (c) En que el poseedor nunca se dirige contra la cosa (*namquam in rem agit*). Porque quién seria tan necio que quisiese recibir del juez lo que ya tenia en su casa? Y no obstante, nuestro emperador añade, §. 2. *Inst. h. t.*, que solamente en un caso puede reclamar la cosa el que la posee (*agere in rem*); de cuyo caso dice haber tratado en los libros mas estensos del Dijesto; por lo que investigan con mucha diligencia los hombres doctos, cual será el tal caso único. Hay quienes opinan ser el interdicto *uti possidetis, utrubi*, del cual usa el que posee. Pero antes deben probar que en estos interdictos se dirijen contra la cosa. Pues en jeneral se afirma en la L. 1. *ff. de interd.*, que los interdictos se dirijen contra las personas. Aquel único caso de que habla Justiniano es sin duda la *accion negatoria*. Pues de ella usa, 1) el que está en la posesion ó cuasi posesion de la libertad. 2) De la misma accion se trata alli siempre de propósito. 3) Lo confirma Teófilo, §. 2. *Inst.*, á cuyo testimonio siempre doy el mayor crédito. Véase nuestro *Praef. ad Vinnium*. 4) Que el dueño no usa de *condicion*, esto es, de accion personal (*non condicat*) para reclamar su cosa, sino que la *vindica*, esto es, la persigue por accion real, §. 14. *Inst. h. t.* En el §. 1062. advertimos que se observa lo contrario en el solo caso de la *condicion furtiva*.

§. MCXXX.—MCXXXII.

II.) Con estos preliminares jenerales acerca de la naturaleza de las acciones reales veremos la primera clase de ellas, que nacen del *dominio*. De estas hay tres; una civil, *vindicacion de la cosa*; dos pretorias, *publiciana* y *rescisoria*. a) *Vindicacion de la cosa* es una accion real civil por la que obra el dueño contra cualquiera poseedor para que restituya la cosa con todas sus partes, acrecentamientos y frutos, segun la clase de posesion. Pues si el reo posee de buena fe, restituyen solamente los frutos existentes; y si de mala fe, está obligado á entregar los frutos existentes, y los percibidos, y que debió percibir. Por lo demas, si obra en virtud de pleno dominio, se llama la accion *directa*; y si de dominio menos pleno, como en la enfitéusis, feudo, superficie, la accion se llama *util*. Aunque esta accion pues es muy natural, con razon se dirá sin embargo que es difficilísima. Porque el actor debe probar el dominio, cuya prueba no es tan fácil como parece; debiendo demostrar no solo que la adquirió con buena fe y justo título, sino tambien que su causante era verdadero dueño, á no ser que hubiese usucapido. Pues de otro modo no podria transferir en nosotros el dominio que no tuvo. Siendo esto asi, introdujo el pretor otra accion mas fácil, á saber; b) la *publiciana*, llamada de este modo de cierto pretor Publicio. El fundamento de esta accion es el dominio finjido. Pues si uno recibe una cosa con buena fe y

justo título de quien no es dueño, finje el pretor no obstante que es verdadero dueño aunque no lo sea, asi como se dice en el §. 4. *Inst. h. t.* que ha usucapido no siendo cierto. Mas con qué derecho puede finjir esto el pretor? Porque aqui no se trata como verdadero dueño, respecto del que seria injustísima esta ficcion, sino con aquel que posee sin derecho ó con derecho mas débil, ó deja de poseer por dolo malo, para que restituya la cosa con todas sus partes, acciones y frutos, segun la clase de posesion. Es, pues, mucho mas fácil esta accion, porque aqui no pruebo el dominio de mi causante, sino solo que he recibido la cosa con buena fe y justo título. c) La accion *rescisoria* fue inventada por el mismo pretor Publicio. Pues claramente se llama tambien publiciana en la L. 35. *ff. de O. et. A. et L. 27. mandati*, y estriba casi en el mismo fundamento que la anterior. Pues asi como en aquella se finjia que habia usucapido el que no usucapió, asi en esta se finje que no usucapió el que habia usucapido. L. 5. *Inst. h. t.* Por lo demas tiene lugar esta accion siempre que el ausente por causa de la república ó por medio usucapió mi cosa. En uno y otro caso restituye el pretor en el todo al perjudicado, y con este nombre salió la accion rescisoria, que se concede al ausente por causa de la república ó por justo miedo, contra el presente que usucapió, para rescindir la usucapion, y que restituya la cosa con todas sus partes. Siendo pues esta accion restitucion en íntegro (*in integrum*). de la que se trata en el tit. *quibus ex caus.*

mai. 25. in integr. rest., duraba antiguamente solo un año. Pero Justiniano lo estendió á cuatro años continuos. *L. ult. C. de temp. in integr. rest.*

§. MCXXXIII. MCXXXIV.

III.) Sigue otra clase de acciones reales que nacen del derecho *hereditario*. Son dos; á saber, la *peticion de herencia* y la *queja inoficiosa*. La *peticion de herencia*, como advertimos al §. 1126., es *mista*. Pues en primer lugar nace del derecho en la cosa (*in re*), á saber, hereditario; y ademas de cuasi contrato por la administracion de la herencia comun. Por lo que se pide la herencia y las prestaciones personales. Y se da esta accion al heredero, ya por testamento, ya abintestato, contra aquel que posee como heredero (esto es, que juzga que él es heredero), ó como poseedor (esto es, que posee sin justa causa, y preguntado, responde; poseo porque poseo): para que restituya la herencia con los frutos y acciones, dé cuentas, y resarza los daños. Por lo demas acerca de esta accion se ha de observar todavía: 1) que es universal, pues se pide una totalidad, á saber, la herencia. 2) No puede entablarse contra aquel que posee por título singular, tal como el comprador de la cosa hereditaria, el donatario, etc. 3) Que esta accion dura treinta años contra la naturaleza de las acciones reales, porque es *mista*, y en esto imita la naturaleza de las acciones personales. La *queja del testamento inoficioso* no es otra cosa que una especie de

peticion de la herencia. Pero habiendo tratado de ella de propósito arriba en el lib. II. tit. 18., no hay para qué detenernos ahora en explicarla mas.

§. MCXXXV. — MCXXXVII.

IV. La tercera clase de acciones reales es la de aquellas que se conceden *acerca de las servidumbres*. Digo *acerca de las servidumbres*, porque así se espresa tambien Ulpiano, L. 2. *pr. ff. si serv. vind.* Pues contándose aqui dos acciones, la confesoria y la negatoria, aquella ciertamente nace *de la servidumbre*, mas esta viene de la libertad natural; y por tanto mas bien puede decirse que se concede *acerca de la servidumbre* y por su ocasion, que no que nace de la servidumbre. La accion *confesoria* es una especie de vindicacion; y de aqui es que en las pandectas está concebida la rúbrica en estos términos: *si servitus vindicetur* (si es vindicada la servidumbre). Su fundamento es el derecho que decimos nos compete en cosa ajena. Si pues otros nos le niega é interrumpe este derecho, obramos contra el que le turba 1) para que deje de turbarnos, 2) resarza el daño causado, 3) preste caucion de no turbarnos mas en adelante, y principalmente 4) se declare por el juez que nos compete este derecho. Al contrario, el fundamento de la accion *negatoria* es la libertad natural. De aqui es que usa de ella el que dice que su fundo es libre por naturaleza, y exento de toda servidumbre, contra el que vindica para sí algun derecho en

él, 1) para que se declare libre nuestro fondo, 2) desista el reo de turbarnos, 3.) se le mande prestar caucion sobre ello, y 4) nos resarza todos los daños causados. Por lo demas estas acciones son utilísimas y diarias en el foro. Mas la negatoria tiene de singular, 1) que aqui reclama la cosa (*in rem agit*), el que la posee; lo que ya observamos arriba §. 1129. 3., por el §. 2. *Inst. h. t.*, que sucedia únicamente en este caso; 2) que debiendo en los demas casos probar su accion el actor, este está exento de prueba, y que esta carga incumbe al reo, porque se presume la libertad natural, en la que pone el fundamento este actor, y la presuncion traslada al contrario la carga de probar. L. 3. L. 9. L. 12. *ff. L. 10. C. de probat. et praesunt.* Sin embargo, se esceptua el caso de que el reo estuviese en la cuasi posesion de su derecho. Pues entonces no le toca la prueba, sino al actor, por la regla que veremos abajo, §. 1232. 1. No obstante en muchos paises se observa en el foro la práctica contraria.

§. MCXXXVIII. — MCXL.

V. La cuarta clase de acciones reales es la de aquellos que nacen *del derecho de prenda*, en cuanto la prenda no es contrato (pues de él solamente proviene accion personal), sino derecho en la cosa (*in re*). De este derecho de prenda nacen dos acciones, reales y pretorias, de las cuales se llama la una *serviana*, del nombre de su autor, y la otra *cuasi serviana* ó hipotecaria. Aquella es especial, esta jeneral.

Dije que la *serviana* es especial. Pues se concede en el único caso de que, dando uno en arriendo un prédio rústico, cuidó de que se constituyese prenda á su favor. Porque entonces el locador entabla esta accion contra cualquiera poseedor de las cosas dadas en prenda, para conseguirlas y poseerlas, hasta que se les satisfaga la pension. Mas siendo jeneral la *cuasi serviana* ó *hipotecaria*, se da contra toda prenda ó hipoteca constituida al acreedor; y por tanto usa de ella todo acreedor hipotecario contra cualquiera poseedor de la prenda, hasta quedar satisfecho de su deuda. Pero habiendo hablado algo arriba de las acciones, §. 818., no nos detenemos mas en estas.

§. MCXLI. — MCXLIV.

VI. Explicadas todas las acciones que dimanan de las cuatro especies del derecho en la cosa (*in re*), añadimos ciertas acciones mistas, que se numeran verdadera ó falsamente entre las reales. Tales son 1) la *accion pauliana*, que nuestro Justiniano agrega claramente á las reales, §. 6. *Inst. h. t.*, sin embargo que alli se pide la restitution y juntamente los frutos, lo que por otra parte es cualidad de las acciones personales. En algun modo puede defender á Justiniano el que esta accion nace de la posesion pretoria de los bienes, y por tanto de derecho en la cosa (*in re*); como ya notó Pajenstechero *Aphorism. h. t.* Es cierto, sin embargo, que mas pertenece la accion pauliana á las personales que á las reales. Por lo demas se concede esta á los acreedo-

res, en cuyo fraude enajenó sus cosas el deudor, contra los que tienen estos bienes enajenados, para que los restituya con sus frutos. Además 2) cuentan los doctores los *interdictos* entre las acciones reales. Pues teniendo la posesion por la quinta especie de derecho en la cosa (*in re*), tambien consideran acciones reales los *interdictos* que nacen de la posesion. Pero esto es manifiestamente falso. Pues (a) arriba demostramos evidentemente, §. 334., que es falso llamar á la posesion derecho en la cosa (*in re*), aunque el derecho de poseer, como contenido en el dominio, sea real. (b) Nada es mas claro que las palabras de Ulpiano, L. 1. §. 3. *ff. de interd.*, que todos los *interdictos* NB., aunque parezcan dirigirse á la cosa, sin embargo, en sus mismas propiedades son *personales*. 3) Mas bien se numeran entre las acciones reales las *acciones perjudiciales* (anticipadas en el juicio), en las que se litiga sobre el estado, §. 13. *Inst. h. t.* Cuantos son pues los estados de los hombres, tantas son las acciones *perjudiciales*. Y el estado es, ó de *libertad*, ó de *ciudad*, ó de *familia*. §. 76. En cuanto al estado de libertad, se pregunta si uno es libre ó siervo. En cuanto al estado de ciudad, si uno es ciudadano ó extranjero, de cuya cuestion trata Ciceron, *Orat. pro. Archia, poeta*. En cuanto al estado de familia, se pregunta si alguno es padre ó hijo, ó no. Todas estas controversias se llaman acciones *perjudiciales*, porque las mas de las veces se anticipan á otro juicio. Por ejemplo; un jóven pide la hacienda de Pedro como su hijo. Los poseedores niegan que aquel es hijo lejítimo. Por tanto antes de sentenciarse

se ha de averiguar si es hijo legítimo. Luego esta será una acción *perjudicial*. En nuestras leyes se mencionan especialmente dos acciones *perjudiciales*. 1. *Causa sobre la libertad (liberalis causa)*. Por ella obra el dueño contra el siervo que se tiene por libre, para volver á este á servidumbre; ó aquel que siendo libre vive en injusta servidumbre, contra el que se tiene por dueño para que sea aquel declarado libre. Antiguamente no podían en uno ni en otro caso presentarse en juicio aquel de cuya libertad se disputaba, porque todavía era incierto si era siervo ó libre; y el siervo no es persona para asistir al juicio. Por tanto aquel que como procurador intervenía en favor de la libertad, se llamaba *defensor (adsertor)*. Pero Justiniano quitó estos rodeos, L. *un. c. de adsert. toll.* 2. *La acción de reconocer y alimentar la criatura* se concedía á la mujer ó al mismo hijo contra el padre repudiante, para que reconozca al hijo y le sustente. Pues sucedía frecuentemente que los maridos repudiaban á sus mujeres embarazadas, y en seguida negaban que los hijos nacidos despues del divorcio fuesen suyos. Y de aqui es que en este caso se reconocia el vientre, y si la mujer estaba embarazada se la ponía en custodia, para que no se supusiese parto adulterino; y si nacia algun hijo entonces, tenia el marido repudiante que reconocerle y sustentarle. Es larga esta historia, y se refiere muy bien en el *Tit. ff. de agnoscendo partu, ventre aspiciendo, y sig.*

§. MCXLV. — MCXLVII.

Concluimos el tratado de las acciones reales. Siguen las *personales*, que nacen del derecho á la cosa (*ad rem*) ó de la obligacion. Toda obligacion nace, ó inmediatamente de la equidad, ó de la ley, ó mediatemente de algun hecho obligatorio, lícito ó ilícito, §. 1141 y sig. Por lo cual trataremos esta materia por este orden; consideraremos 1) la naturaleza de las acciones personales, §. 1145. 1147.: 2) las acciones personales que nacen inmediatamente de la equidad natural, §. 1148. 1154.: 3) la accion que nace de la ley, §. 1155.: 4.) las acciones que provienen de un hecho obligatorio lícito, §. 1160. 1165.: 5) las acciones que dimanen de un hecho obligatorio ilícito, §. 1166. 1171.: en cuanto (I) á la *naturaleza* de estas acciones personales, advertimos, 1.^o que todas se llaman *condiciones*, asi como las reales *vindicações*, §. 15. *Inst. h. t.*: 2.^o que todas nacen de la obligacion ó derecho á la cosa (*ad rem*): 3.^o que nunca se dan contra un tercer poseedor, en lo que principalmente se diferencian de las acciones reales, sino contra los que negociaron con nosotros, L. 25. *pr. ff. de O. et. A.* Sin embargo, se exceptuan algunas acciones escritas en la cosa (*in rem scriptae*), que aunque sean personales, se dan no obstante contra cualquiera poseedor, y por tanto imitan las acciones reales. Su catálogo debe fijarse en la memoria, especialmente no siendo, como no es, prolijo. Tales pues son: (a) por causa de miedo (*quod metus caussa*): (b) la

accion *pauliana* de que se ha hablado poco antes: (c) para exhibir (*ad exhibendum*); y (d) para la accion de detener el agua y la lluvia *aquae pluviae arcondae*. 4) Las acciones personales son tambien ó civiles ó pretorias, §. 23. *Inst. h. t.* Esto en cuanto á la naturaleza de estas acciones en jeneral.

§. MCXLVIII. — MCLIV.

II. Llegamos ya á las especies de acciones personales, y desde luego á su primera clase, en la que contamos todas las que nacen inmediatamente de sola la *equidad natural*. Tales son: 1) *la accion para exhibir (ad exhibendum)*. Exhibir es presentar públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion cuando queremos vindicar una cosa mueble y no sabemos si es verdaderamente nuestra ó no. Por ejemplo: se me ha robado un libro; oigo que Pedro ha comprado uno, que segun se me describe juzgo ser el mio; pero como no obstante no lo sé de cierto, y Pedro no quiere enseñarme, puedo entablar la accion para exhibir (*ad exhibendum*).

Obra pues para exhibir (*ad exhibendum*); aquel á quien por derecho le interesa la cosa, contra cualquier poseedor de la cosa que juzgo mia (pues poco antes vimos que es accion escrita en la cosa (*in rem scripta*)), para que exhiba la cosa, ó de no exhibirla satisfaga el daño. L. 3. §. 4. L. 9. §. *pen.* L. 10. *seq. ad exhib.* De modo que por sola la equidad está obligado otro á exhibirme la cosa; es á saber, por

aquella regla (*quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id es obligatus*), estamos obligados á hacer lo que no nos perjudica y aprovecha á otro.

2) La accion de dar cuentas (*edendo*), tiene lugar en las negociaciones con los banqueros que ejercen con autoridad pública el oficio de cambiar letras. Aquel pues que ha negociado con ellos, tiene contra los mismos ó sus herederos la accion de que le den cuentas ó paguen lo que interese. L. 4. *pro. L. 6. ff. de edent.* 3) Los *interdictos*. Porque, qué cosa mas justa que amparar á uno en la posesion mientras no liaga ver otro su derecho por los medios legales? Pero como abajo hablaremos de los *interdictos* en un título particular, á saber; el tit. XV., no añadiremos aqui mas 4) *Las restituciones en íntegro*. Pues movido el pretor por la equidad, rescindia aquellos negocios que subsistian por derecho estricto y riguroso, hallando justa causa, y por esta razon concedia la restitucion *en íntegro*. Semejantes justas causas eran seis: 1) la fuerza y miedo: 2) el dolo: 3) la menor edad: 4) la ausencia por causa de la república: 5) la privacion del derecho de ciudadano (*capitis diminutio*); y 6) la enajenacion, á fin de mudar el juicio. Empero no teniendo hoy dia especial uso las dos últimas, solo trataremos de las cuatro primeras. a) La primera es la accion por causa de miedo (*quod metus caussa*). Si uno me quita algo por fuerza ó miedo, se ha de examinar si el negocio es de buena fe ó de derecho estricto. Si el negocio es de buena fe, entonces es nulo *ipso jure*; porque nada es mas contrario á la buena fe que la fuerza y miedo.

L. 116. ff. D. R. J. Luego en este caso no es necesario la restitucion *en íntegro*, porque á qué rescindir lo que ya es nulo? Empero cuando el negocio es de derecho estricto, vale conforme á él, porque la voluntad forzada tambien es voluntad. L. 21. §. 5. ff. *Quod met. causs.* Mas el pretor rescinde semejante negocio por la accion por causa de miedo (*quod metus caussa*), que compete á aquel á quien se le ha sacado alguna cosa por fuerza ó miedo, contra cualquiera poseedor de ella, pues tambien esta accion es escrita en la cosa (*in rem scripta*), para que la restituya, ó de lo contrario pague el cuadruplo. L. 9. §. 8. L. 12. L. 14. §. 7. ff. *eod.* Por lo demas esta accion se da en el cuadruplo solo dentro de un año (hoy dentro de cuatro años), y despues del año solamente en el tanto (*in simplum*), L. 14. §. 1. y sig. §. 11. ff. *eod.* Noodt fue el primero que espuso brillantemente la doctrina de la diferencia de esta accion en los negocios de buena fe y de estricto derecho, *de form. emend. doli mali, c. 16. p. 382. b)* La accion de *dolo malo* es necesaria cuando uno ha sido perjudicado por dolo de otro. Pero tambien aqui ha de distinguirse, ó el negocio es de buena fe, ó de derecho estricto. Si es de buena fe, ó da entonces el dolo causa al contrato, ó es incidente. Si da causa, es nulo el contrato, y por tanto no hace falta la restitucion. Si es incidente, se enmienda el dolo por la accion de aquel contrato. L. 7. pr. ff. *de dolo malo.* Mas si el negocio es de derecho estricto, entonces concede el pretor la accion de dolo, que compete al perjudicado,

con tal que la lesion esceda de dos aureos, L. 7. §. ult. ff. eod., contra el que causó el daño con dolo malo (no contra su heredero), para que restituya con todas sus partes la cosa perdida por dolo, ó en su defecto satisfaga cuanto juró el actor en el pleito que valia. L. 18. pr. ff. eod. Y esta accion dura dos años, L. ult. C. eod. c) La tercera accion por la que socorre el pretor á los *menores* perjudicados, no tiene nombre particular, porque el pretor no nombra juez pedáneo en esta causa, sino que conoce de ella estraordinariamente, L. 24 §. ult. de minor.; pero se concede esta accion á los que han sido perjudicados en su menor edad, contra los que causaron el perjuicio, para que se rescinda el negocio y los menores reciban íntegro su derecho. L. 12. L. 13. §. ult. L. 24. §. 8. L. 28. ff. De minor. Dura esta accion cuatro años contados desde el tiempo en que hayan llegado á la mayor edad L. ult. C. De temp. in integr. restit. d) La *accion rescisoria*, por la que los ausentes por causa de la república, ó los que tienen justo miedo, son restituidos contra los presentes, ó los presentes contra cualesquiera ausentes, pertenece en verdad á las restituciones *en íntegro*; pero no es accion personal, sino real, de la que se ha tratado ya en su lugar, §. 1132. 5) La *condicion sin causa* se da al dueño de una cosa contra el que la posee sin justa causa, para que la restituya. Tit. ff. De condit. sine causs. Tambien esta nace de sola la equidad, que no permite que otro posee mi cosa con daño mio. 6) La *accion pauliana*, por la que revocan los acreedores lo que

se ha enajenado en su fraude. Pero de esta accion tratamos prolijamente en el §. 1141. Semejantes á ella 7) son la *accion faviana* y la *calvisiana*, asi llamadas de los pretores que las introdujeron, las que se conceden al patrono, en cuyo fraude hizo enajenaciones el liberto para que el patrono no hallase tan pingüe la herencia, §. 112. 4. 5., contra cualquiera poseedor de las cosas enajenadas, para que las restituya, L. 1. §. 11. 12. 26. *ff. si quid in fraud. patr.*; y la diferencia entre estas acciones es que la faviana tiene lugar cuando el patrono murió con testamento, y la calvisiana si el heredero lo es abintestato. L. 1 §. 5. 6. L. 3. §. 3. *ff. eod.*

§. MCLV.

II. En la otra clase de acciones personales que inmediatamente nacen *de la ley*, tan solo ocurre una accion; á saber, la *condicion por la ley* (*codictio ex lege*), que tiene lugar siempre que 1) una ley nueva introduce nueva obligacion, y sin embargo 2) no designa cierta y especial accion por la que se ha de reclamar aquel derecho, L. un. *ff. de cond. ex leg.* Asi, por ejemplo, la donacion es un pacto: los pactos no producen obligacion. Mas en la L. 35. §. ult. *C. de donat.*, se estableció que el donante que prometiese dar algo, quede absolutamente obligado á la entrega. Empero no espresándose en dicha L. 35. accion cierta, deberá el donatario entablar la accion ó condicion de la L. 35. §. ult. *C. de donat.*

§. MCLVI. — MCLIX.

III. La tercera clase comprende las acciones personales que provienen de un *hecho lícito*. El hecho obligatorio lícito se llama convencion; la convencion es, ó pacto ó contrato; el contrato ó verdadero ó cuasi contrato; el verdadero, ó nominado ó innominado; el nominado, ó real, ó verbal, ó literal, ó consensual. Examinaremos pues 1) las acciones de los pactos, §. 1156. 1159.: 2) de los contratos verdaderos nominados, §. 1160.—1163.: 3) de los innominados) §. 1164.: 4) de los cuasi contratos, §. 1165.

I. Los pactos son simples ó calificados. Aquellos no producian entre los romanos ninguna obligacion, sino solamente escepcion: en el dia obligan todos los pactos celebrados válidamente con ánimo deliberado. Por tanto tambien producen accion, que unos llaman de lo estipulado, y otros juzgan debe llamarse condicion por la costumbre. Pero poco nos inquietará saber su nombre. *Pactos calificados* son los que producen accion. Y por asistirles la ley, el pretor, ó el contrato á que están unidos, aquellos se llaman pactos léjítimos, los otros pretorios; y estos pactos añadidos á los contratos *pacta adjecta*. a) De todos los pactos *léjítimos* nace la *condicion por la ley (conditio ex lege)*; mas de ella hablamos en el §. 1155.: b) Los pactos *pretorios* son tres; la hipoteca, la promesa de dinero (*constituta pecunia*), y cuando se defiere al juramento estrajudicial. De la *hipoteca*, ó derecho constituido en la prenda, nace la *accion*

cuasi serviana ó *hipotecaria*; pero esta no pertenece aquí, porque es real. Hablamos de ella en el §. 1140. El *dinero prometido* es un pacto reiterado, por el que promete uno pagar por sí ó por otro. Porque pareciendo feo al pretor que repetidamente se falte á la fe, por semejante pacto repetido concedia la *accion de la promesa de dinero* (*de constituta pecunia*) á quien se prometió el dinero, contra el prometiente ó su heredero para que cumpla lo prometido, §. 9. *Inst. h. t.* Ultimamente, *cuando se desiere al juramento estrajudicial nace la accion en el hecho de juramento* (*in factum de jure jurando*) que se concede al que jura, dirigiendo otro á su juramento que se le debe algo contra el que desirió á este juramento para que pague lo que el actor juró que se le debia, §. 11. *Inst. h. t.* Y estas son las acciones de los pactos pretorios. c) Los *pactos añadidos* á los contratos de buena fe. Estando estos agregados á los contratos, y considerándose como parte de ellos, producen la misma accion que los contratos á que estan añadidos. De aqui es, por ejemplo, que si el pacto está unido á la *compra*, nacerá la accion de lo *comprado* (*empti*), si á la *prenda*, la accion *pignoratitia*, etc., *L. 7. §. 5. ff. de pact.*

§. MCLX. — MCLXIII.

2) Esto en cuanto á las acciones que provienen de los pactos. Siguen las que nacen *de los verdaderos contratos*. Pero aquí se nos permitirá ser mas breves, porque de todos se ha tratado ya arriba en sus títulos. Aquí solo formamos su

catálogo. Los contratos verdaderos son ó nominados, ó innominados, §. 779. Los *nominados* ó reales, ó verbales, ó literales, ó consensuales, §. 796. a) Los *reales* son cuatro; mútuo, comodato, depósito y prenda. Del *mútuo* nace la acción ó condicion cierta de mútuo (*certi ex mutuo*), de la que hablamos en el §. 796. Del *comodato* se da la acción de *comodato*, *directa y contraria*. De una y otra hablamos en el §. 803 y sig. Del *depósito* se da la acción de *depósito*, *directa y contraria*, las que describimos, §. 814. 817. De la *prenda* nace la acción *pignoratitia*, *directa y contraria*, cuya naturaleza espusimos en el §. 824 y sig. b) El contrato *verbal* hoy día es único; la *estipulación* y la acción que de ella nace se llama condicion cierta ó incierta de lo estipulado (*condictio certi, ó incerti ex stipulatu*). De ella se ha hablado lo bastante en el §. 834 y sig. c) El *literal* es también único; á saber, cuando ha confesado uno en su recibo que debe algo. Entonces si el vale es mas antiguo que dos años, compete contra el que le escribió la condicion literal (*ex chirographo*), que esplicamos en el §. 894. 1. d) Los contratos *consensuales* son cinco; compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad, mandato. En la *compra y venta* tiene el comprador la acción de lo comprado (*empti*), y el vendedor la acción de lo vendido (*venditi*), las que ambas son *directas*. Las describimos en el §. 912 y sig. En la *locacion y conduccion* se da al locador la acción de lo dado en arriendo (*locati*), y al conductor la acción de lo tomado en arriendo (*conducti*), que también son *directas*. Y hablamos de ellas

de propósito en el §. 927 y sig. De la *ensitúesis* nace la accion *ensitúetica*, por ambas partes *directa*, de que se ha tratado en el §. 939. En la *sociedad* compete á los socios entre sí la accion de sociedad (*pro socio*), por ambas partes *directa*, cuya naturaleza hemos explicado en el §. 951 y sig. En el *mandato*, se obra por la accion de *mandato*, y se concede al mandante la accion *directa*, y al mandatario la *contraria*. Acerca de una y otra, véase el §. 962 y sig.

§. MCLXIV.

3. Llegamos á los contratos *innominados*, que son cuatro; doy para que des; doy para que hagas; hago para que des; hago para que hagas. De todos ellos nace una accion jeneral que llama accion en el hecho (*in factum* ó *praescriptis verbis*), ó porque no existia fórmula de esta accion en la tabla del pretor, y por tanto se habian de determinar las palabras por algun jurisconsulto, como conjetura Barn. Brison, *de form. vet. Rom.* L. 5. p. 385., ó porque se habian de anteponer y fijar las palabras de la convencion, añadiéndoles la accion en el hecho (*in factum*) como de la L. 1. *fin. ff. de praescript. verb.* colije Em. Merilio, *Obs. L. VIII. c. 16.* Se da esta accion en el hecho ó por las palabras prescritas (*in factum* ó *praescriptis verbis*), á aquel que por su parte dió ó hizo algo, contra el que prometió dar ó hacer otra cosa, para que cumpla el contrato, ó lo que importe. L. 5. §. 1. *praesc. verb.*

§. MCLXV.

4. Siguen los *cuasi contratos*; acerca de los cuales bastará atender al catálogo de las acciones, porque todas se han descrito ya arriba en sus lugares correspondientes. Tales cuasi contratos son: a) la *ajencia de negocios*, de la que nace la *accion de los negocios hechos* (*negotiorum gestorum*), *directa y contraria*, la que describimos en el §. 972 y sig. b) La *tutela*, de donde nace la *accion de tutela*, *directa y contraria*, sobre la que véase arriba el §. 1176 y sig. c) La *comunion de la herencia*, de donde se deriva la *accion de partir la herencia* (*familiae erciscundae*); *mista y doble*, de la que se trató de propósito en el §. 982. d) La *comunion de cosas*, de donde nace la *accion de dividir lo comun* (*communi dividundo*), que esplicamos en el §. 983. e) La *adicion de la herencia*, que produce la *accion personal de testamento*, descrita en el §. 976. f) La *paga de lo indebido* (*indebiti salutio*), de la que proviene la *condicion de lo indebido* (*indebiti*), de la que se trató prolijamente en el §. 991. g) *El recibimiento que hace el patron del barco, ventero ó mesonero de las cosas de los caminantes*, de donde nace la *accion de lo recibido* (*recepto*) contra los patrones, venteros ó mesoneros, de que se ha tratado largamente en el §. 1121. *El cuidado de los funerales*. Pues si alguno satisfizo sus gastos antes de ceder la herencia; propiamente no es mandado, porque ninguno se lo mandó; ni ajencia de los negocios, porque todavía no es heredero, y no pue-

de administrar los negocios del difunto. Sin embargo, el pretor concede la *accion funeraria* al que hizo los gastos del entierro contra el heredero que aceptó la herencia, ó contra aquel á quien pertenece el encargo de hacer las exequias, para que los restituya. L. 14. L. 15. ff. de Religios. Y esta accion es tan privilegiada, que se prefiere el actor á todos los demas acreedores.

§. MCLXVI. — MCLXXI.

5. Resta la cuarta parte de acciones personales que nacen de *hecho ilícito ó de delito*, el cual es ó verdadero ó cuasi delito, §. 1034. Verdaderos son primeramente los cuatro delitos privados; á saber: a) el *hurto*, del que nace la condicion furtiva, que es persecutoria de la cosa, y la accion del hurto que se da para la pena. De aquella tratamos en el §. 1062., de esta en el §. 1063. b) La *rapiña*, en la que puedo obrar por la accion de *hurto manifesto*, ó por la accion de rapiña (*vi bonorum raptorum*) descrita en el §. 1076 y sig. c) El *daño causado con injuria*, que se vindica por la accion de la Ley Aquilia, que esplicamos en el §. 1087 y 1091. d) La *injuria*, de donde nace la *accion de injurias pretoria* por la *L. Cornelia*. En el §. 1102 y sig. se halla la naturaleza y diferencia de ambas. Tambien hay ademas algunos otros delitos, de que no se trata en las Instituciones, sino en las Pandectas, como e) la *alteracion de lo escrito* (*album corruptum*). Pues si alguno rayaba, borraba, ó alteraba el escrito del pretor, que se

ponia públicamente en una tabla ó pared dada de blanco, y en el que fijaba los edictos y fórmulas de las acciones, cualquiera del pueblo tenia la *accion de alteracion de lo escrito (albo corrupto)* contra el que le borraba ó alteraba para que pagase 500 sueldos de oro. L. 7. pr. ff. de jurisd. Por lo que esta accion era popular. f.) *El delito del que establecia en la majistratura algun derecho nuevo é injusto, ó del que le obtenia del majistrado.* Contra aquel competia la *accion en el hecho (in factum)*, por la que se obligaba á permitir se usase contra él del mismo derecho. He aqui el *derecho de Talion*, que se esplica elegantemente en la rúbrica ff.: *contra cualquiera ha de usarse del mismo derecho que él ha establecido respecto de otro.* g) *El delito del que no obedecia al que administraba justicia*, esto es, del que permitia llegase el negocio á la ejecucion, ó resistia manifiestamente á esta. Contra él se daba la accion en el hecho (*in factum*), para lo que interesaba, L. un. ff. si quis jus. dic. h) *El delito de los que, á uno llamado á juicio, le eximian de él por fuerza*, los cuales eran reconvenidos por la accion en el hecho (*in factum*), en lo que el actor estimaba el asunto, L. 5. §. 1. ff. Ne quis eum qui in jus. i) *El delito del que dando algun aviso con dolo malo hacia que alguno no siguiese el juicio.* Y contra este se daba la accion en el hecho (*in factum*), para que resarciese lo que se habia perdido. L. 3. pr. ff. de eo, per quem factio erit. k) *La calumnia*, de cuyo delito son reos los que recibieron dinero por molestar á uno con un pleito calumnioso, ó por no molestarle. Contra estos se daba la accion en el hecho de ca-

lumniadores (*in factum de calumniatoribus*), dentro de un año en el cuadruplo, pasado aquel en el tanto (*in simplum*). L. 1. pr. ff. de calumn. l) *El delito del que recibia algo para un fin torpe.* Pero aqui ha de distinguirse. Pues si el que lo dió interviene en el hecho impuro, nada recobra; si ambos tienen parte en él, tampoco puede repetirse lo que se ha dado, porque en caso de duda es mejor la condicion del que posee. Mas si la fealdad del hecho la cometió solo el que recibió el dinero, compete al que se lo dió la condicion por causa torpe (*conditio ob turpem causam*), contra el que lo recibió para que lo restituya. Véase el §. 992. m) *El delito del que corrompió al siervo ajeno.* Dicese corromper cuando se pervierte su ánimo; por ejemplo, persuadiéndole á la fuga, incitándole al robo. Contra él se concede al dueño la accion del siervo corrompido (*servi corrupti*); en el duplo de lo que se deterioró el siervo, §. 23. *Inst. h. t.* n) *El delito del medidor que fijo en los campos ó heredades falsos límites.* Pues siendo los agrimensores un jénero intermedio entre los eruditos y las jentes ignorantes, sus trabajos eran en algun modo liberales, y por tanto no les cuadraba la accion de lo arrendado (*ocati*), que solamente se daba en las obras mecánicas. El pretor pues concedió la accion en el hecho (*in factum*) á fin de resarcir el daño que alguno hubiese sufrido. L. 1. pr. L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. ff. *si mens. fals. mod.* o) *Las cosas que un cónyuge quita al otro,* de las que y de la accion de las cosas quitadas por uno de los cónyuges al otro (*rerum amotarum*), hemos hablado en el §. 1034.

p) *El delito de los tutores sospechosos*, cuya accion esplicamos en un título particular, §. 302.
 q) La accion de destruir las cuentas (*de distrahendis rationibus*), de que tambien se ha tratado en el §. 263. Estos son los delitos verdaderos. De todos los *cuasi delitos* nace una accion *in factum*, aunque tenga diversos sobre-nombres, asi como la accion *in factum* contra el juez que hace suyo el pleito. La accion en el hecho de lo derramado y arrojado (*in factum de effusis et ejectis*). La accion de lo que se pone y cuelga (*in factum de suspenso et posito*). La accion en el hecho (*in factum*) contra los patrones de barco, mesoneros y venteros; de todas las que hemos hablado con separacion en los §. 1113. 1115. sig. 1118. 1122.

§. MCLXXII.—MCLXXIV.

II. Concluimos la primera division de las acciones, segun la que son ó personales ó reales. Sigue la segunda, conforme á la cual son las acciones, unas *persecutorias de la cosa*, otras *penales*, otras *mistas*. *Persecutorias de la cosa* son aquellas por las que reclamamos lo que se nos debe ó falta á nuestro patrimonio, y tales son 1) todas las acciones reales: 2) todas las acciones que nacen de la equidad natural, de los pactos y contratos, escepto la única *accion del depósito miserable*, la cual se concede en el duplo, y por tanto es juntamente penal, cuando el depositario niega el depósito dolosamente, §. 812.: 3) de los delitos nacen dos acciones puramente persecutorias de la cosa; á saber, la *condicion furtiva*, de la que se habló en el §. 1062, y la accion de las cosas quitadas por un cónyuje al otro

(*rerum amotarum*) §. 1044. *Penales* son aquellas por las que pedimos solamente una pena. Estas son pocas, y solamente nacen de los delitos; á ellas pertenece en primer lugar la accion de hurto, §. 1063. Las acciones de injurias, §. 1102 y sig. La accion de alteracion de lo escrito (*albo corrupto*), §. 1168. La accion de lo que se pone y cuelga (*posito et suspenso*), §. 1118. Y últimamente, la accion de lo derramado y arrojado (*effusis et ejectis*), si ha sido muerto un hombre libre, §. 1115. *Mistas* son aquellas por las que reclamamos lo que nos falta, y juntamente una pena. Tales son: 1) la accion de depósito miserable, por la que, consiguiendo el cuádruplo, se nos entrega juntamente la cosa y se impone la pena, §. 812.: 2) la accion de los legados dejados á los lugares santos, ó como vulgarmente se dice, piadosos (*ad pias causas*). Pues si el heredero niega que debe este legado, ó es moroso sin pagarle á justo tiempo, es condenado en el duplo lo que contiene el legado y la pena, §. 19. *Inst. h. t.* 3) Todas las demas acciones nacen de los delitos y cuasi delitos, de que hemos tratado á propósito en el §. 1166 y sig. Por lo demas entre estas acciones hay algunas diferencias notables. Pues 1) las acciones persecutorias de la cosa siempre son perpétuas, esto es, duran 30 años, ó al menos largo tiempo, si son reales. Las penales y mistas duran perpétuamente si son civiles, mas si nacen del edicto del pretor, ordinariamente espiran al año. 2) Las acciones persecutorias de la cosa se dan á los herederos y contra los herederos; las penales y mistas no se conceden contra los herederos, y aun si se dirijen

solamente á la venganza, tampoco no usan de ellas los herederos. 3) Las acciones persecutorias de la cosa no infaman ordinariamente aunque intervenga dolo, L. 36. ff. de O. et æ., exceptuándose los cuatro contratos famosos, cuyas acciones producen infamia; *tutela*, *depósito*, *sociedad* y *mandato*, §. 785. Mas de las penales y mistas la mayor parte infaman.

§. MCLXXV.—MCLXXX.

III. Ahora corresponde la tercera division de las acciones, segun la cual unas se dan en el tanto (*in simplum*), otras en el *duplo*, otras en el *triplo*, otras en el *cuadruplo*, §. 21. *Inst. h. t.* Pues por la jurisprudencia romana nunca pasan las penas pecuniarias de esta cantidad. Sucede á veces en verdad, que se venden todos los bienes y se aplican al fisco, como en el crimen de estado ó de lesa majestad. Pero aqui no hablamos de los juicios públicos, sino de las acciones privadas respecto de las que es verdadera la regla fijada. 1) Se conceden en el *tanto* a) todas las acciones persecutorias de la cosa. Pues por ellas no trato de adquirir lucro, sino de evitar un daño, y por tanto debo contentarme con el tanto. Y qué acciones sean persecutorias de la cosa, lo dijimos en el §. 1173. b) Algunas penales mistas ánuas, que dentro de un año se conceden en el *cuadruplo* ó *duplo*, y pasado este tiempo en el tanto. Tales dijimos arriba que eran la accion de rapiña (*vi bonorum raptorum*). §. 1076 y sig.: la accion por causa de miedo (*quod metus caussa*), §. 1151.: la accion de los calumniadores, §. 1169.

2) *Las acciones en el duplo* son de dos maneras. Pues ó puedo pedir desde un principio el duplo, ó por ocultar la verdad, ó por la tardanza; en cuyo último caso se dice que crece la demanda por la tardanza del reo ó no confesion. Del primer jénero son las acciones de hurto no manifiesto, §. 1058., del siervo corrompido, §. 1169. 8., de destruir las cuentas, §. 263., y otras semejantes. Del segundo jénero son la accion de la L. Aquilia, §. 1093., y la accion de los legados dejados á lugares santos, §. 1174. 3) El derecho justiniáneo hace mencion de una accion en el *triplo*, que hoy dia no tiene ningun uso; la cual se concedia contra el que estimaba en mas de lo justo el proceso, con el fin de que el portador ó ejecutor del pleito exijiesen mayor cantidad con el nombre de espórtulas ú otro, §. 24. *Inst. h. t.* Pero no cobrándose en el dia las costas del pleito á prorata del valor que contiene el proceso, sino con arreglo á la equidad, no puede tener ningun uso esta accion. 4) tambien en el *cuadruplo* se dan algunas acciones desde un principio, y otras despues de algun hecho por contumacia. Tenemos ejemplos del primer jénero en la accion de hurto manifiesto, §. 1058.: la de rapiña (*vi bonorum raptorum*), §. 1076.; la de los calumniadores, §. 1169. Es ejemplo del último jénero la accion por causa de miedo (*quod metus caussa*), que al principio solo se dirige á que el juez mande restituir la cosa quitada por fuerza ó miedo; mas si el reo no obedece á esta disposicion del juez, por la contumacia es condenado en el cuadruplo, §. 1151. Pero toda esta division

no es en el día de grande uso, 1) porque en la mayor parte de los países determina la legislación la cantidad cierta de las penas pecuniarias; y en parte 2) porque según la costumbre de nuestras sociedades, rara vez se adjudica la pena al actor, sino que comunmente la percibe el fisco.

§. MCLXXXI. — MCXCI.

IV. Sigue la cuarta división de las acciones. Unas son de *buena fe*, otras de *derecho estricto*, y otras *arbitrarias*. Por tanto examinaremos aquí 1) el origen de esta diferencia, §. 1181. 1184.: 2) qué sean estas acciones, §. 1185.: 3) cuales son las de buena fe; de derecho estricto y las arbitrarias, §. 1186. 1189.: 4) como se diferencian en el efecto, §. 1190. 1191.: 5) á las que á ejemplo de Justiniano añadiremos un apéndice de la petición de mas que lo que se debe, §. 1192. 1196. 1) *El origen de esta diferencia* se ha de buscar en el antiguo modo de litigar. Los magistrados romanos no dirijian por sí mismos todo el pleito, sino que hecha la citacion, se espresaba con cierta fórmula la obligacion de presentarse á su tribunal; es decir, que afianzaba el reo presentarse de nuevo al segundo día. Luego que este llegaba, el pregonero en voz alta citaba al reo presente, al cual entablaba el actor la accion con una breve fórmula; por ejemplo: *digo que me deben ciento por mútuo*. Tambien el reo ponía la escepcion con una breve fórmula; por ejemplo: *y yo lo niego, porque en virtud del senadoconsulto macedociano no*

queda obligado el hijo de familia. El actor replicaba : *digo que siendo de tu derecho (tui juris) has renunciado á esta escepcion.* El reo contestaba segunda vez : *niegò que haya renunciado.* Asi estendia el pretor al momento los derechos de las partes y el punto de la cuestion. Consistiendo pues la dificultad de la disputa en saber si el reo habia renunciado al senadoconsulto macedoniano , siendo ya de su derecho (*sui juris*) ; y siendo esta cuestion de hecho , no restaba sino averiguar la verdad de este derecho. Mas esto no lo hacia el pretor por sí mismo , sino que comisionaba á algun jurisperito que oyese los testigos y diese sentencia. Este jurisperito en los negocios de derecho estricto se llamaba juez , y en los de buena fe y arbitrarios , *arbitrio*. Mas en nuestra jurisprudencia se llaman indistintamente *jueces pedáneos*, porque no administraban justicia en los tribunales como el pretor , sino en sillas puestas debajo del tribunal del pretor , y por tanto poco mas ó menos á sus pies. Trataron eruditamente de este asunto los doctísimos triumviros. Franc. Poletto en la *historia del foro romano* : Gerh. Noodt. en el opúsculo *de la jurisdiccion*, L. 1. c. 3. y sig., y Cristoph. Celario , *del órden de los juicios romanos*. Empero para que no sentenciasen á su arbitrio los jueces , el pretor les prescribia la fórmula , la cual era de tres maneras. Pues ó espresaba cierta suma , en la que habia de ser condenado al reo , por ejemplo , *si aparece (por la prueba) que Pedro debe á Juan ciento , y que Pedro ha renunciado al senadoconsulto macedoniano , condénale en ciento* : si se ha-

cia esto, la accion se llama de *derecho estricto*: y entonces estaba el juez tan ligado á la fórmula, que no podia condenar en mas de ciento, ni en las usuras, frutos ni gastos. O el pretor no espresaba en la fórmula cierta suma; sino que dejaba al juez la potestad de juzgar con arreglo á la equidad (*ex aequo et bono*). Y entonces era la fórmula: *si aparece que Pedro debe á Juan en virtud de compra, condénale en lo justo conforme á buena fe (ex fide bona)*. En la accion de las cosas de la mujer, en lugar de las palabras *ex fide bona (á buena fe)*, se usaba de la fórmula, *quantum aequius melius (en lo que sea mas justo)*: en el antiguo contrato *fiduciae* (de confianza) (§. 195) se usaban las palabras, *ut inter bonos agere oportet (como suele tratarse entre hombres de bien)*. Y si se ponía semejante fórmula, se denominaba contrato de *buena fe*; y entonces podia el juez imponer además de la suma debida otras cosas; como usuras, frutos, la estimacion, los daños, etc. O últimamente, el pretor fijaba en su fórmula dos casos, mandando por el primero al juez que condene al reo á que restituya la cosa, y si era contumaz el reo, y no quisiese restituirla, daba potestad al juez de condenarle en mas. La fórmula entonces era esta: *si aparece que Ticio quitó á Mevio por fuerza y miedo ciento, mándale que los restituya. Si no los restituye por tu mandato, condénale en el cuádruplo*. Entonces se llamaba la accion *arbitraria*, porque el juez podia juzgar cuanto debia restituirse, y en seguida si no obedecía á su fallo podia condenarle en mas; á la verdad no siempre en el cuádruplo,

sino á veces en lo que habia jurado el actor en el pleito. Por tanto el oríjen de todas estas diferencias entre las acciones ha de traerse de las diversas fórmulas de que usaba el pretor al nombrar el juez pedáneo ó árbitro. II.) Ahora pues facilmente se manifiesta tambien qué sean estas acciones. Esto lo enseñarán las definiciones. La *accion de derecho estricto* es aquella en que la potestad del juez, de tal manera está sujeta á la fórmula, ó en el dia á la convencion de las partes, que no puede señalar mas que cierta y espresa cantidad, L. 99. de *V. O. Accion de buena fe* es aquella en que se permite al juez ó al árbitro, que con arreglo á equidad estime cuanto debe satisfacer el uno al otro, §. 30. *Inst. h. t. Accion arbitraria* es aquella en que el juez ó el árbitro estima primero cuanto debe restituirse: mas si no obedece el reo, le condenaba en mas por la contumacia; por ejemplo, en el cuádruplo, ó en cuanto jurase el actor en el pleito, *Teophil. Paraph. §. 31. Inst. h. t. III.*) Mas se pregunta, por último, qué acciones eran de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias? Estaba en el arbitrio del pretor prescribir la primera, la segunda ó la tercera fórmula á su voluntad? De ningun modo, sino que observa ciertas reglas. 1) *Siempre que la accion nace de negocio unilateral, es aquella de derecho estricto.* De aqui facilmente se infiere por qué son de derecho estricto las acciones *mútuo, de lo estipulado, literal, de lo indenido del testamento.* Pues ninguno de estos negocios tienen mútuas obligaciones y prestaciones, sino que todas son unilaterales. 2) *Siempre que*

nace la accion de negocio bilateral, en que son mútuas las obligaciones, es esta una accion de buena fe. Justiniano formó con esmero un largo catalogo de estas acciones, §. 28. *Inst. h. t.*, que repetimos en el §. 1186., y que suplicamos con una accion; á saber, la *funérea*. La cual no se ha omitido en este catálogo, sino que se comprende bajo la accion de los negocios hechos. Ahora bien, cualquiera que examine aquel catálogo, advertirá que todos los negocios de que nacen aquellas acciones son bilaterales. 3) Acerca de las arbitrarias no hay regla cierta; pero son pocas, y han de considerarse como escepciones de la regla. Son ocho. (a) Todas las acciones reales, escepto la peticion de la herencia; (b) la accion por causa de miedo (*quod metus caussa*), §. 1151.; (c) la accion de dolo, §. 1152.; (d) la accion á exhibir (*ad exhibendum*), §. 1148.; (e) la accion de pagar en determinado lugar (*de eo quod certo loco*); por la que obra aquel á quien se prometió pagar en cierto lugar, contra el que no paga en el lugar prometido, para que pague lo que interese; (f) la accion *redhibitoria*, §. 1163.; (g) la accion de los límites comunes (*finum regundorum*); por la que aquel que posee un fundo confinante con otro, obra contra el dueño de este para que se restablezcan los límites de ambos; y ultimamente (h) la accion *faviana* y *calvisiana*, de que se ha tratado arriba, §. 1154.

Resta una accion del estipulado de la dote, introducida por Justiniano, *L. un. C. de rei uxor. act.* §. 29. *Inst. h. t.* Es de naturaleza muy singular. Antiguamente acabado el matrimonio,

ó por muerte, ó por divorcio, tenia la mujer la accion dotal (*rei uxoriae*) contra el marido ó su heredero, para repetir la dote, la donacion por causa de bodas (*propter nuptias*), y conseguir lo demas que se debia á la mujer por los pactos dotales. Esta accion era de buena fe, y ademas tan privilegiada, que es preferida la mujer demandante á todos los demas acreedores. Pero nuestro Justiniano sin saber por qué causa lo alteró esto sin necesidad; y abolida aquella accion, quiso que en este caso tuviese la mujer la accion de lo *estipulado por la dote*, y que esta accion tuviese todas las cualidades de la accion dotal (*rei uxoriae*). Por tanto de alli provino, que esta accion de lo estipulado por la dote es un monstruo formado solamente de contradicciones. Pues 1) por otra parte la accion de lo estipulado es de derecho estricto, porque se concede en un negocio unilateral, §. 1187.; y esta es de buena fe, y nace de un negocio bilateral; á saber, de los pactos dotales. 2) La accion de lo estipulado proviene por otra parte solamente de la estipulacion hecha con palabras solemnes, §. 829., y esta dimana de los pactos dotales, aunque no esten afirmados con la estipulacion: 3) en los demas casos, siendo la accion de lo estipulado de derecho estricto, no goza de ningun privilejio; esta es privilegiada, y la mujer tiene el derecho de preferencia. Qué interesaba pues á la república abolir una accion y sustituir otra mas incómoda y poco conforme al negocio? Empero asi lo quiso el sacratísimo emperador Flavio Justiniano.

IV.) En seguida se pregunta en qué se di-

ferencian las acciones de buena fe, de derecho estricto y arbitrarias. Resp. 1) Las arbitrarias, como dijimos, se diferencian de las demas en que en las otras acciones de buena fe y de derecho estricto se hace la condenacion simplemente, no asi en estas sino se obedece el fallo del juez 2) Las acciones de buena y de derecho estricto se diferencian (a) en que en estas el dolo y miedoⁿ producen restitution en el íntegro (*in integrum*), en aquella el dolo hace nulo el negocio por la misma ley. (b) En que en estas no se deben las usuras si no se han prometido; en aquellas se deben aun no prometidas, ó por sola la morosidad; (c) en que en estas los pactos unidos á los contratos solo producen escepcion; en aquellas subsisten estos pactos por la misma ley, y producen la accion del contrato á que se agregan. Existen ademas algunas otras diferencias, pero mas sutiles, y en el dia no de grande uso, por lo que no nos detenemos en ellas.

§. MCXCII. — MCXCVI.

V.) Resta un apéndice de esta cuarta division de acciones, que á ejemplo de Justiniano añadimos á este tratado; á saber, (*de pluris petitione.*) De la peticion de mas de lo debido). Donde ha de observarse: 1) que el actor á ser posible, debe pedir siempre suma cierta. No basta pues decir que Pedro me debe mucho, sino que es preciso espresar la cantidad; por ejemplo, Pedro me debe 600. Pues de otro modo no puede el juez dar sentencia cierta; lo que sin embargo de-

be hacerse, §. 32. *Inst. h. t.* Y digo á ser posible, pues en algunas acciones no puede hacerse; por ejemplo, en las acciones hereditarias, y otras universales. Aquí pide el heredero la herencia, aunque no sepa exactamente su cantidad, porque despues aparece del inventario á quanto asciente. 2) Ha de tenerse presente, que antiguamente era todo de derecho estricto, y que era dado por decaido de la demanda el que pedia un maravedí mas de lo que se le debia, §. 34. *Inst. h. t.* Pedíase mas, ó en *la cosa*, si se pedia mayor cantidad; por ejemplo, 500 florines en lugar de 400; ó en el *tiempo*, si se pedia mas pronto y antes del dia en que se debia; por ejemplo, si pedia 100 en este dia, debiendo pagarse un año despues; ó en el *lugar*, si se pide en otro y mas incómodo que aquel en que debia pagarse segun el contrato; por ejemplo, si estando en Madrid el deudor, y habiendo ofrecido pagar en Cadiz, se pidiese en Pamplona; ó últimamente en el *título*, si se pide juntamente lo que se debe bajo condicion; si precisamente se pide el siervo Estico, habiéndose prometido alternativamente á Estico ó á Dromono; si pide una especie: por ejemplo, las obras de Cujacio, habiéndose prometido un jénero; á saber, un libro, §. 33. *Inst. h. t.*: por todos estos casos pues se decaía de la demanda en la jurisprudencia antigua. 3) Ha de notarse que pareciendo esto algo duro á Zenon, prohibió por la L. 12. *C. de plur. pet.*, que ninguno fuese decaido de la demanda por pedir mas de lo que se le debia, sino que solamente se le impusiese una pena. A saber; (a) si uno pedia mas en el tiempo ó mas pronto de

lo justo era la pena que se duplicase aquel; por ejemplo, si uno debía despues de un año, y el acreedor lo pedia un año antes, tenia que aguardar dos años, pero no por eso perdía su derecho. (b) Si pedia mas en el lugar, se establecia que reconvenido por la accion de pagar en determinado lugar (*eo quod certo loco*), pagase de menos cuanto le interesara pagarlo en lugar determinado. (c) Si alguno pidiese mas en la cosa ó título, era condenado por la constitucion de Justiniano en el triplo de lo que habia pedido de mas. Asi lo habia establecido el emperador Zenon. Empero 4) ha de advertirse que en el dia no es tan peligrosa la peticion de mas de lo debido, con tal que se enmiende la demanda antes de la sentencia. *Ensendar* la demanda es corregir alguna circunstancia en ella puesta, y haciendo esto el actor hasta la sentencia, queda impune como dije. Al contrario, no se permite tan impunemente *mudar* la demanda, esto es, mudar todo el jénero de la accion, y por ejemplo, sustituir la accion de lo estipulado en lugar de la de mútuo. Puede hacerlo el actor antes de la contestacion del pleito, mas despues de contestado no seria admitida la demanda, á no satisfacer el actor al reo todos los gastos del pleito; pero de esto tratan mas latamente los pragmáticos.

§. MCXCVII. — MCCIII.

V. Resta la quinta y mas fácil division de las acciones, de que se trata en este título. A saber; por unas acciones conseguimos el *todo*, por

otras menos que el todo, §. 56. *Inst. h. t.* Conseguimos el todo ó la cosa por entero ordinariamente por todas las acciones, ya reales, ya personales, y esta es la regla. Empero hay ciertos casos en que conseguimos menos que el todo, y estos pertenecen á las escepciones de la regla. Por tanto, solo estas escepciones debemos tener en la memoria.

1) El primer caso es en la accion del *peculio*. Tiene lugar esta si el hijo de familia ó siervo ha negociado con el *peculio profecticio*. Pues si entonces contrajo deudas, entablan los acreedores accion contra el padre ó dueño, para que paguen cuanto alcance el *peculio*. Si pues en el *peculio* no hay tanto como lo que se debe, entonces consiguen los acreedores menos que el todo. Pero de esta accion hablaremos en el título siguiente, §. 1219.

2) El otro caso es la *compensacion*. *Compensacion* es la union del mútuo crédito y débito. Y de aqui es que se considera como paga, y destruye la obligacion, al menos hasta la suma concurrente. Supongamos que Pedro obra contra Juan porque le debia 1000, y que Juan prueba que Pedro le debia á él 600; entonces será compensada esta suma, y por tanto á Pedro se le adjudicarán solamente 400; es decir, menos que el todo. §. *pen. Inst. h. t.*

3) El tercer caso es el *beneficio de competencia*, que es un privilejio personal, por el cual el que goza de él no puede ser condenado sino en lo que puede; es decir, que no se le deje conocidamente miserable. De este privilejio gozan algunos *aa*) por estrecha relacion; á saber,

(a) los parientes hasta el segundo grado, los padres, hijos, hermanos: (b) los afines en primer grado, como el suegro y yerno, y tambien (c) los patronos que estan en lugar de padres respecto de los libertos, §. 111.: (d) los cónyuges y socios, que se consideran como hermanos, §. 942. L. 63. *pr. ff. pr. soc. bb*) Algunos tienen este privilegio por la milicia; á saber, los militares, L. 7. L. 18. *ff. de re judic.*, que en vano se estiende á los nobles, abogados, clérigos, doctores; porque los privilegios no admiten interpretacion estensiva, §. 60. *cc*) Por beneficio gozan de este privilegio los donantes si son reconvenidos por su donacion ó liberalidad, L. 19. §. 1. L. 49. L. 50. *ff. de re jud.*; cuyo privilegio sabemos por la L. 28. *de reg. jur.* que concedió D. Pio á los donantes. d) Ultimamente, se concede á algunos este privilegio por calamidad; á saber: (a) á los desheredados; (b) á los que rehusaren la herencia paterna; y (c) á los que hicieren cesion de bienes; esto es, que no teniendo con que pagar por varias calamidades sin culpa suya, ofrecen á los acreedores todos sus bienes, que en nuestra legislacion se llama *flebile beneficium, et lamentabile adjutorium* (beneficio pequeño y auxilio lamentable). En todos estos casos pues, por cualquier contrato que sean reconvenidos, ha de dejárseles lo bastante para que no queden en estrema necesidad; esto es, tienen el beneficio de competencia. Podrá oponerse que los desheredados son indignos de este beneficio, porque no se hace la desheredacion sino por ingratitude enorme. §. 529. Y ademas que tampoco pa-

recen dignos de este privilejio los que renuncian la herencia paterna, debiendo imputarse á sí mismos lo que han hecho. Pero respondemos: en quanto á los desheredados es esto muy cierto, desde que Justiniano estableció en la *Nov. 115.* por ley pública, que no se hiciese la desheredacion sino por causas de ingratitude. Pero desheredando antiguamente los padres á sus hijos por su antojo, aun estando inocentes, §. 520., en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. Y en quanto á los que renunciaban la herencia paterna es evidente que no serian tan necios que la rehusaran: á no tener mas deudas que bienes. Y no habrá nadie de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

TITULO VII.

De los que negocian con los que estan bajo de potestad ajena.

§. MCCIV.—MCCVI.

Concluimos el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos títulos siguientes continúa la *sexta division de las acciones.* Todas las acciones pues, ó nacen de un hecho nuestro ó de un hecho ajeno, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó due-

156 *De los que neg. con los que estan, etc.*

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

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

II. A la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hay dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es porque el vínculo de potestad in-

duce la unidad de persona, y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es muy lejana, porque de allí tambien podria colejirse que él puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. de nox. act.* Pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse razon mas inmediata. La cual es de cuatro maneras: 1) si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2) si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo una negociacion: 3) si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo con el fin de que negocien con él: 4) si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este título, cuyas partes son seis. Se trata pues: 1) de la accion *quod jessu* (*de lo ordinario*), §. 1181 y sig.: de la accion *ejercitoria é institoria* (*perteneciente al patron de barco y factor de comercio*), §. 1183. 1189.: 3) de la accion *tributoria*, §. 1190. 1192.: 4) de la accion de *peculio*, §. 1193 y sig.. 5) de la accion de *in rem verso* (*de lo que se ha invertido en la cosa*), §. 1195 y sig.: 6) del *senadoconsulto macedoniano*, §. 1197, 1201.

§. MCCVII. MCCVIII.

I. La primera accion es de lo ordenado (*quod jussu*), que asi se llama de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La órden

138 *De los que neg. con los que estan, etc.*

(*jussum*) se diferencia del mandato. Pues este es un contrato que requiere el consentimiento de dos. Y no siendo el padre y el hijo, y el dueño y el siervo dos personas, sino una sola, no puede verificarse el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos, ó los dueños á los siervos. Ahora siendo igual si el padre manda al hijo contraer, ó el dueño al siervo negociar, que si contrajese el mismo padre ó negociase el dueño, el pretor da por esta razon la accion de lo ordenado (*quod jussu*). La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por órden del padre ó dueño, contra el padre ó dueño que dió la órden, ó sus herederos, para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar, §. 1. *Inst. h. t.*

§. MCCIX. — MCCXV.

II. Siguen las acciones *ejercitoria é institoria*, á cuya intelijencia ayuda el esplicar antes algunas palabras. Llámase armador (*ejercitor*) aquel que arma una nave propia ó fletada á su riesgo y la echa al mar, de modo que son de su cuenta los gastos diarios, y á él le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este armador (*ejercitor*) da el mando de la nave para que dirija la negociacion marítima, ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave, se llama en nuestro derecho *magister navis* (*capitan ó patron del buque*), ya sea padre de familias, ya sea hijo de familias, bien libre ó siervo, propio ó ajeno, menor ó de mayor edad. L. 1. §. 3. 4. 5. *ff. de exerc. act.* Aquel á quien el comerciante

encarga su tienda de comercio para que á su nombre dirija la negociacion mercantil, se llama *institor* (*institor ó factor del comercio*), del vocablo latino *instando*, que significa ejercitarse en el comercio, negociar. Véase á Wos. *Etymol. v. institor*. Ni importa que sea padre de familias, ó hijo de familias, siervo ó libre, propio ó ajeno, menor de edad ó mayor. L. 18. ff. de *Inst. act.* Ultimamente, las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor, y que deben observar negociando, se llaman *lex, propositiones* (*condicion, proposiciones*). Si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam envia á España una nave, la encomienda á un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este, por derecho civil no tienen los españoles ninguna accion contra el comerciante de Amsterdam, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor siguiendo la equidad les concedió la *ejercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave, segun las condiciones de la proposicion, contra el armador (*ejercitor*), ó si estos son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), para que cumpla el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria*. Aquel pues que contrajo con el institor encargado de la lonja, con tal que contrajese segun las condiciones de la comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion, ó si son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), ó sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el institor.

160 *De los que neg. con los que estan, etc.*

§. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 1) Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitán ó institor, ó contra el (*ejercitor*) dueño del buque ó comerciante. Pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante, los que quieren obrar contra el patron del buque ó institor, deben hacerlo mientras aquellos ejerzan todavía el cargo. Pues concluido este, no pueden ser mas reconvenidos, *L. ult. ff. de Inst. act.*; porque entregadas las cuentas y los instrumentos no podrian ya defenderse. 2) Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitán ó institor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y asi aquellos pueden obrar contra estos, mas no estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas, *L. 1. L. 2. ff. de Inst. act.* 3) No se conceden estas acciones por delito del capitán del buque ó institor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los eucargantes solo quedan obligados segun las leyes de la comision.

§. MCCXVI. — MCCXVIII.

III. Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias negociando con el peculio profecticio contraia deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este

pues obligado á distribuir á prorata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere* (*distribuir*). Sucedia muchas veces que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de menos. En cuyo caso se concedia la accion tributoria á aquellos acreedores á quienes se habian distribuido mal las rentas peculiares del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX. MCCXX.

IV. La quinta es la accion *de peculio*. Llámase peculio todo lo que el hijo de familias ó siervo tiene separado de las cuentas paternas, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose *militar y pagano*, aquel en *castrense y cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profeticio y adventicio*, aqui solamente se habla del *profeticio*; esto es, el que se separa para el hijo de las cosas paternas. Asi que, si él da algun peculio al hijo, y el dueño al siervo, para que negocie con él, y el hijo de familias contrae deudas, entonces todos los acreedores á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo, tienen la accion de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Estan pues obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hay poco ó nada, tambien pagan nada ó poco. De donde se manifiesta fácilmente, por qué arriba en el §. 1197. numeramos esta ac-

162 *De los que neg. con los que estan, etc.*
cion entre aquellas por las que conseguimos me-
nos que el todo.

§. MCCXXI. MCCXXII.

V. La última accion perteneciente á este lugar es la *de in rem verso* (*de lo invertido en la cosa*). *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno. Por tanto el caso es, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo, pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño, ya tomasen la cosa por contrato; por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economice su dinero; por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en obsequiar los huéspedes, ó pagar los maestros de los colejos, etc. Siendo entonces injusto que uno se haga rico en daño de otro, movido el pretor por la equidad, concede la accion de lo invertido en la cosa; (*in rem verso*), que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta accion en el todo si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta, cuya accion se manifiesta que en el dia es de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII.—MCCXXVII.

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

1. Sobre el oríjen del senadoconsulto disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *annal. lib. XI. XII.* Aquel le refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio. Mas puede conciliarse esto. Pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano le propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio, cuya conjetura es de P. Fabró, *semestr. lib. I. c. 25.* Pero aun es mayor la diverjencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al senadoconsulto. El comun sentir que propuse tambien en el §. 1223., es que existia un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidísimas; sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo que las usuras crecian tanto que absorbían casi todo el patrimonio, dió veneno al padre, por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr. §. 7. Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Macedon, si-

164 De los que neg. con los que estan, etc.

no el hijo de familias. Estrañamente se esplica Teófilo. Pero no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto en la *L. 1. ff. del senadoconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice pues el senado: *Quum inter ceteras caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, etc.* No se dicen deudas (*aes alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *L. 213. §. 1. ff. de V. S.* Luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos: *Et quum saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus, etc.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este, ninguna accion, ni contra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tenga el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano para eludir la accion. La misma disposicion tenemos en la *L. 1. pr. ff. de senadoconsulto maced.*

3. De aqui entenderemos fácilmente tres axiomas que propusimos en el §. 1224. a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre. Pues el hijo que sin saberlo el padre ó contra su voluntad contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. b)

Este senadoconsulto concede escepcion si no se ha pagado, no accion. Pues si se paga, ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. c) El senadoconsulto tiene lugar en el mútuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aun en todo mútuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino, ú otras cosas funjibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos que conclusiones nacen de aqui: a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo. *L. 29. c. de pact. L. 40. ff. de cond. ind.*, á saber, viviendo el padre. Pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente. Pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor: (c) que cese la escepcion por parte del padre si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. de senadoconsulto maced.* Porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (d) Que el hijo no tiene esta escepcion si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 1. 3. 2. ff. eod.* Pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (e) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias. *L. 1. c. eod.* Pues las leyes jamas favorecen el dolo. (f) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias

166 De los que neg. con los que estan, etc.

aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. cod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada. Pues si ciertamente el pueblo del deudor no está muy lejano del lugar del contrato, apenas es probable que pudiese ignorar el acreedor su condicion. (g) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. senadoconsulto maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hay una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias. Y ya vimos en la conclusion próxima anterior que escusa la ignorancia. b) Produciendo este senadoconsulto segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de alli, (h) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion *indebiti* (de lo indebido) si paga. *L. 40. ff. de cond. ind. L. 10. ff. de senadoconsulto maced.* La razon es clara, pues (A) la condicion de lo indebido (*indebiti*) no tiene lugar si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4. Y ninguno de sano juicio dudará que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. En seguida (B) hay lugar á la condicion de lo indebido (*indebiti*), cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas el padre y el hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (C) Ultimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mútuo, ó no se ha prestado dinero,

con razon inferimos de alli, (i) que no puede oponerse esta escepcion si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo lejítimo. L. 7. §. 13. *ff. de senadoconsulto maced.* Pues entonces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (j) Ni tiene lugar la escepcion si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto. L. 7. §. 3. *ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la ley. L. 30. *ff. de ll. l. 6. §. 1. ff. de V. S.* Y lo que se hace contra las leyes es nulo, L. 5. *c. de ll.*

TITULO VIII.

De las acciones noxales.

§. MCCXXVIII.—MCCXXXII.

Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos; siguen las acciones que dimanar de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, bien causen daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el día, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* á los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 1) la naturaleza de las acciones noxales, §. 1233 y

sig. 2) contra quienes se conceden, §. 1234.

Dicense acciones *noxales* de la palabra *noxia*: *noxia* es el daño que causa el siervo por algun delito, §. 1080. Y *noxia* se llama el siervo que causó el daño, §. 1. *Inst. h. t.*, aunque muchas veces se usen promiscuamente estos vocablos. Es pues *accion noxal* la que entablan los que han sufrido daño del siervo, contra cualquiera poseedor del siervo, y á veces alternativamente, ó para que resarza el daño, ó se entregue el siervo en *noxia*; esto es, se entregue al perjudicado para su satisfaccion, *pr. Inst. h. t.* Por tanto la naturaleza de estas acciones es, 1) que son de cualidad adjunta (*adjecticia*), y comprenden en sí tantas especies cuantos son los delitos ó cuasi delitos. Si pues el siervo comete hurto, se da la *accion noxal de hurto*; si injuria, la *accion noxal de injuria*; si hizo daño derramando ó arrojando, la *accion noxal de lo arrojado y derramado* (*efusis et dejectis*). 2) Que esta accion es escrita en la cosa (*in rem scripta*). §. 1146; pues la *noxia* sigue al autor, §. 5. *Inst. h. t.* Y de aqui es, que es reconvenido noxalmente (*noxaliter*) el que posee el siervo al tiempo de la contestacion del pleito. Si se ha dado libertad al siervo, no es reconvenido noxalmente (*noxaliter*), sino directamente por el delito que cometió. L. 15. *ff. de cond. furti*. Si muere, espira la accion, porque falta al actor á quien pueda perseguir la *noxia*.

§. MCCXXXIII.

De esta descripción pues se manifiesta claramente contra quien se conceden estas acciones. A saber, contra el dueño. Pues parecía justo á los decenviros que adquiriendo el dueño todas las cosas por medio del siervo, sufriese tambien el daño que este causase. Sin embargo, como podia suceder que la pena excediese el precio del mismo siervo, quisieron conceder al dueño el arbitrio, ó de resarcir el daño, ó de dar el siervo en *noxa*. Lo que pareció tan equitativo á Puffendorf, que juzga se deriva esta accion del derecho natural. Mas se pregunta: se da tambien contra el padre por delito del hijo de familias? Poco antes negamos que pueda hacerse por derecho moderno, aunque por derecho antiguo no cabe la menor duda. Qué sucede pues si en el dia falta el hijo de familias? Resp. Entonces es reconvenido él mismo y condenado por el delito. Y si no tiene con que pagar, hecha la condenacion, se da contra el padre la accion de lo juzgado de peculio (*judicati de peculio*), para que resarza el daño en cuanto alcance el peculio. L. 3. §. 11. *ff. de pecul.* Podria oponerse que la accion de peculio no se concede en el delito. L. 58. *ff. de reg. jur.* Pero ya dimos la respuesta en el *not.* §. 1119.

§. MCCXXXIV....

TITULO IX.

De los menoscabos causados por las bestias.

§. MCCXXXV. — MCCXXXVIII.

Ultimamente siguen las acciones que provienen del daño causado por nuestros ganados ó animales. De las que se numeran aqui tres: 1) la accion de menoscabo causado por las bestias (*pauperie*), §. 1235. 1238.: 2) la accion de la pastura de los ganados (*pastu pecorum*), §. 1239.: 3) la accion *edilicia* de los animales feroces puestos junto los caminos públicos (*de vestia justa viam*), §. 1241 y sig.

I. Llámase accion del menoscabo causado por las bestias (*pauperie*), porque *pauperies* es cualquier daño causado por un animal, §. 1080., con tal que haga el daño contra la naturaleza de su especie, *pr. Inst. L. 1 §. 4. ff. h. t.* Asi, por ejemplo, no todos los caballos dan coces, ni todos los bueyes dan cornadas: por tanto, si un caballo dando una coz, ó un buey una cornada hiciesen daño, seria contra la naturaleza de su especie, y consiguientemente tendria lugar la accion de menoscabo causado por las bestias, ó de *pauperie*. Ni tampoco esto es bastante, sino que ademas se requiere que la bestia causase el daño voluntariamente y no instigada. Pues si el mismo dañado la irritó, no puede pedir ninguna satisfaccion; si otro la instigó, tendrá contra el instigador la accion de la L. Aquilia, L. 1. §. 4. *ff. h. t.*; mas si causó el daño por su voluntad,

compete la accion del menoscabo causado por las bestias, (*de pauperie*), y tambien tienen origen en las XII tab. Se concede al dañado ó á aquel á quien le interese, contra cualquier poseedor de la bestia (pues tambien esta accion es escrita en la cosa (*in rem scripta*), §. 1146. *), para que resarza el daño ó dé la bestia en *noxæ* (para satisfaccion del ofendido), L. 1. *pr.* L. 3. *ff. h. t. pr. Inst. eod.* Luego tambien esta accion a) es *noxal*, porque obra alternativamente, y ademas b) tiene la cualidad de que si uno niega que es suyo el animal ó le posee, está obligado *in solidum* (por el todo), y por tanto se le admite la dacion en *noxæ*, L. 1. §. 15. *ff. h. t.*

§. MCCXXXIX.

2. La otra accion es del pasto de los ganados, que se diferenciaba solamente de la anterior, en que esta tenia lugar si la bestia causaba daño, no contra la naturaleza de su especie, sino conforme á ella; por ejemplo, si un buey pacia un campo, pues esto suelen hacerlo todos los bueyes. Por lo demas, en cuanto al efecto parece no habia ninguna diferencia entre esta accion y la anterior. Porque tambien era *noxal*, y de aqui es que debia resarcirse el daño ó entregarse la bestia en *noxæ*, segun aparece de Paulo. *Recept. Sent.* L. 15. 1. Pero ya en el tiempo de Justiniano tenia esta accion poco ó ningun uso, como se manifiesta de no hacerse en las pandectas apenas mencion de ella, L. 14. §. *ult. ff. praesc. verb.*

§. MCCXL.

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

§. MCCXLI. — MCCXLIII....

TITULO X.

De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio.

§. MCCXLIV. — MCCXLVII.

Concluimos tambien la sexta division de las acciones. Sigue la *séptima*, unas acciones pueden entablarse ó responderse por procuradores; otras

no pueden. Por ejemplo; la accion criminal de injurias no admite procurador, ni por parte del actor ni por parte del reo. Pero las acciones civiles los permiten. Con esta ocasion pues se trata de los procuradores: 1) como pueden ser admitidos salvando los principios del derecho, §. 1244. 1247. 2) Que es procurador, y que se ha establecido acerca de ellos, §. 1248. 1251.

I. No sin razon se pregunta como pueden ser admitidos procuradores salvando los principios de derecho; pues al principio prohibian los romanos que pudiesen litigar en el foro los procuradores en el lugar de otros, porque 1) todas las acciones eran acciones de la ley, §. 69.; esto es, negocios que debian declararse por el majistrado solemnemente y con las fórmulas prescriptas, L. 2. §. 6. *ff. De orig. jur.*, y era de la naturaleza de todas las acciones de la ley y actos lejitimos el no admitir dia ni condicion, ni procurador, sino que debian de tratarse por propia persona (§. 70.), L. 77. L. 123. *ff. De Reg. Jur.* 2) Por la contestacion del pleito se obligaba al reo en virtud de cuasi contrato á pagar lo juzgado. Es asi que ninguno podia obligarse por otro, ó estipular para otro, (§. 833. 5. 6.), §. 4. *Inst. De inutil. stipul.*; luego tampoco el procurador. 3) Ninguno podia adquirir para otro no estando sujeto á su potestad, §. 482.), §. 5. *Inst. per quas per. cuique adquir.* Es asi que el procurador debia adquirir el lucro de la sentencia favorable, no para sí, sino para el dueño contituyente; luego por estas razones habia antiguamente la regla jeneral que ninguno pudiese entablar por otra ac-

174 *De aquellos por cuyo med. pod., etc.*

cion ó escepcion. Poquísimas eran las escepciones, admitiéndose por el pueblo el *sindico*; por la libertad; á saber, si se disputaba si uno era siervo ó libre, el *defensor* (*assertor*); por el pupilo el *tutor*; y por la ley hostilia el procurador de aquel que estaba ausente por causa de la república, ó entre los enemigos, si quisiesen reconvenirle por la accion de hurto. No pudiendo pues algunos de estos presentarse en juicio, como el pueblo, el cautivo, ausente por causa de la república, ó no teniendo persona para asistir á juicio, como el siervo, aquel sobre cuyo estado se duda, y el pupilo, la misma necesidad exijia que se admitiesen por ellos procuradores, *pr. Inst. h. t.* Empero siendo muy molesto que todos sin distincion tuviesen que presentarse en juicio, los antiguos jurisconsultos meditaron un principio, por el que, salvas las reglas de derecho, pudiesen ser admitidos los procuradores. A saber; finjian que el procurador no era un nuevo mandatario que litigaba á nombre de otro, sino que se hacia *dueño del pleito*, *L. 4. §. 3. ff. de alien, jud. muti causs. L. 22. L. 23. C. de procurat.* Aquel *dominio del pleito* se trasferia por el mandato que se consideraba como título; pero se adquiria por el procurador por medio de la contestacion del pleito, *L. 1. pr. ff. de proc. junct. L. 4. §. ult. de adpell.* El dueño encargaba al procurador que ocupase este dominio, y el procurador le ocupaba contestando el pleito. Hecho esto, todo se obraba contra el procurador, él fianzaba, contra él se daba la sentencia, y contra él se concedia la accion *judicati* (de lo juzgado); aunque

la eludia y trasferia contra el dueño ó mandante por aquella escepcion de la L. 26. *de procur.*; cuya ley pocos han entendido bien.

§. MCCXLVIII. — MCCLII.

II. Mas qué es el procurador? y qué se ha establecido acerca de ellos? *Procurador es aqui* el que toma ó administra negocios judiciales ó pleitos ajenos por mandato del dueño, L. 33. *pr.* §. 1. *ff. de procur.* Digo que *aqui* debe definirse así, porque si uno lo hace sin ningun mandato, no es procurador, sino *defensor*, el cual solamente se admite por el reo, no por el actor, y no de otro modo que afirmando de estar á lo juzgado, L. 35. §. 3. L. 46. §. 2. L. 51. *ff. de procur.* De esta definicion se manifiesta: 1) quien constituye procuradores. A saber: a) el dueño, y b) aquel dueño ciertamente que tiene la libre facultad de administrar sus cosas. La razon es, porque se traslada al procurador el dominio del pleito, §. 1247. El que traslada el dominio de sus cosas, enajena; y el que enajena debe ser dueño y tener la libre facultad de administrar sus cosas. De donde se manifiesta por qué los furiosos, pródigos, niños, pupilos sin autoridad del tutor, y ni aun los tutores mismos puedan dar por sí procuradores. Pues este no es dueño, y por tanto solo puede nombrar un *actor* á su riesgo, §. 277. §. *ult. Inst. de curat.* De la misma definicion sabemos: 1) quienes pueden ser procuradores. A saber, todo el que es idóneo para tomar y administrar los pleitos ajenos; mas no el furio-

176 De aquellos por cuyo med. pod., etc.

so, niño, mujer, menor de 17 años de edad (pues este año habian fijado los romanos, porque poco antes solian vestir los jóvenes la toga viril, L. 13. ff. de manum. vind. §. 5. Inst. qui et ex quibus causs.), siervo, infame, ni militar, porque obteniendo esta pröcuracion no se separe de las banderas, L. 8. §. 2. ff. de proc., á no ser que acaso quiera tomar la causa de su cohorte, L. 8. §. 2. L. 54. ff. L. 7. L. 13. C. de proc. En cuanto á los infames, es en verdad muy cierto por la L. 6. C. de proc., y aunque parece lo contradice el §. ult. Inst. de excepto, en que Justiniano deroga espresamente la escepccion de infamia que se objete al procurador, es fácil la respuesta si atendemos á las palabras de este §.: *Ne, dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.* (Porque no se dilate la disputa principal mientras se ventila el artículo de las escepciones.) Cesa pues esta escepccion de infamia si no es clara, y si hubiera de orijinarse en el juicio una disputa prolija acerca de ella. Mas cuando es tan manifiesta y notoria que no sea necesaria controversia, bien puede en el dia oponerse; por ejemplo, si el condenado por hurto quisiese hacer de procurador. De la misma definicion aparece, 3) en qué casos se admiten procuradores. A saber, en todos aquellos en que puede uno representar la persona del otro. (Véanse n. Pand. P. I. §. 431.) A la verdad puedo representar la persona de otro en las cosas civiles. Pues nada impide que uno pague por otro (§. 999.) L. 23. L. 40. L. 53. ff. de solut. Mas no puedo representar la persona de otro en las causas criminales. No

por parte del acusador, porque este debia escribir su nombre; para que se le aplicase pena si no probaba el delito al reo. Ni por parte del acusado, porque ninguno puede ser ahorcado, degollado, ni magullado con rueda por otro. Por tanto en estas causas criminales no es admitido procurador, á no ser que amenace la pena que pueda imponerse al ausente; por ejemplo, la relegacion, *ff. 10. ff. de publ. jud. L. 33. §. 3. ff. de proc.* Ultimamente, 4) de la misma definicion se manifiesta cuando cesa por derecho romano el oficio de procurador. Es por los mismos modos porque cesa el dominio; como a) por el mútuo disentiimiento estando todavía íntegro el negocio, b) por la revocacion del dominio; pero antes de la contestacion del pleito. Pues en uno y otro caso todavía no es dueño el procurador. c) Por la renuncia del procurador en tiempo oportuno y no perjudicando al dueño, *§. 11. Inst. h. t.* Pues cada uno puede abdicar su dominio con tal que no lo haga en detrimento de otro. Mas no por la muerte de alguno, porque pasa el dominio á los herederos. *§. 10. Inst. h. t.*

§. MCCLIII....

TITULO XI.

De las cauciones.

§. MCCLIV. — MCCLVI.

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

I. Ya en el §. 279. hemos ocupado casi un título en que se ha tratado de la *fianza ó caucion de los tutores ó curadores*; qué sea caucion, y de cuántas maneras. A saber; *caucion* es un acto por el que se presta una seguridad al contrario. Interesando á la república que los juicios no sean ilusorios, y por otra parte, siendo propio de los reos fugarse, hecho lo cual, podria suceder que fuese infructuosa la condenacion, no quedando al actor mas arbitrio que llorarlo; de aqui es que nada hay mas justo que el que en los juicios preste el uno al otro caucion ó seguridad. Esta es de cuatro maneras: 1) de fianza (*fidejutoria*), que se hace dando fiadores idóneos y ricos; esto es, que tengan para pagar, y fácilmente puedan ser reconvenidos, *L. 2. pr. ff. qui satisd. cog.* 2) De prenda (*Pignoratitia*), que se presta depositando prendas; y estas dos se llaman en nuestras leyes *cauciones idóneas*, *L. 59. §. ult. ff. mand.*

L. 4. §. 8. de *fidejuc. lib.*, así como la primera se llama en especie fianza (*satisdatio*), L. 1. ff. *qui satisd. cog.* 3) *Juratoria*, la que se da prestando juramento, y á la que solo son admitidos los varones honrados y de buena fama: y 4) la *meramente promisoria*, la que se hace por la promesa con estipulacion por los que poseen bienes raices; y tambien por el fisco y república, L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. ff. *ut legat. vel fidejuc.*, segun la opinion vulgar. Pero segun nuestro derecho tambieu los poseedores de cosas raices debian jurar, como demostramos en nuestras *Pandectas* L. 1. §. 302., y antes que nosotros Cujac. *Obs. XII.* 22. Noodt. *ad Pand. Tom. II. Opp. p. 59.* y Schultinjo *Pand. h. t.*

§. MCCLVII. — MCCLX.

II. Si se pregunta quiénes están obligados á prestar caucion, podemos fácilmente responder, si tratamos separadamente de cada uno de los litigantes. 1) El *reo* por derecho justiniáneo presta la caucion de *judicio sisti* (de presentarse en juicio), que antiguamente se llamaba *vadimonium*, antes que Justiniano borrarse este vocablo de todas las leyes, á no ser lo que todavía resta en la *L. ult. c. de castr. et ministerian.* Véase Salamas, *de modo usurar. c. 16.* En seguida tenia tambien que afianzar el reo que permaueciere en juicio hasta el fin del pleito, y que no eludiria aquel con la ausencia, §. 2. *Inst. h. t.* 2) El *actor* afianzaba igualmente por tres razones, 1) que contestará el pleito dentro de dos meses desde que presentó la demanda; 2) que proseguiria el pleito hasta su fin; y 3) que

entregaria la décima parte de la suma comprendida en la demanda, por razon de gastos, si succumbiese. *Nov. 96. c. L. 3.* El *procurador del negocio* ó toma pleito de uno presente, ó de un ausente. Si del presente, entonces no afianza él, sino su dueño presente por él. Si de ausente, no será admitido el procurado, á no ser que él mismo prestase caucion. Y en uno y otro caso presta caucion de pagar lo juzgado, esto es, que el condenado quiera pagar todo aquello en lo que sea condenado, §. 5. *Inst. h. t.* 4) El *procurador del actor*, ó no tiene mandato ni verdadero ni presunto, ó tiene ciertamente mandato; pero solo presunto, ó imperfecto, ó defectuoso; ó últimamente está provisto de un mandato verdadero y perfecto. Si no está adornado de ningun mandato, no es admitido, aunque quiera afianzar, L. 1. L. 24. *c. de procur.* Si tiene mandato presunto; por ejemplo, si el marido comparece por la mujer; ó defectuoso, por ejemplo, si se ha omitido el sello ó nombre del negocio, entonces presta caucion *de que el dueño ratificará sus procedimientos* (*Rem Katam Habitarum Dominum*), §. 3. *Inst. h. t.* Si exhibe en juicio un verdadero y perfecto mandato, está exento de toda caucion, L. 1. *c. de procur.* Este era el orden de prestar caucion por derecho civil, pero tan diversa en varias provincias, que últimamente Justiniano estableció por ley, §. 7. *Inst. h. t.*, que todas las provincias de la ciudad réjia, esto es, Constantinopla ó Roma siguiesen sus nuevas costumbres.

TITULO XII.

De las acciones perpétuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.

§. MCCLXIII. MCCLXIV.

Restan la octava y novena division de las acciones. Unas son *perpétuas*, otras *temporales*: además, unas pasan á los herederos y contra los herederos, otras ni á los herederos ni contra los herederos. Este asunto, á la verdad muy importante, se trata con este orden: 1) definimos las acciones perpétuas y temporales, §. 1263 y sig: 2) proponemos cuatro reglas, por donde se conocerá qué acciones son perpétuas, cuáles temporales, §. 1265. 1272.: 3) añadimos tres reglas de las acciones, que se dan á los herederos, y contra los herederos, y cuáles no se dan, §. 1273. 1275.

I. Llamábase antiguamente acciones *perpétuas* las que no espiraban en ningun tiempo, y tales eran todas las que nacia de las leyes, senadoconsultos y constituciones de los príncipes. Mas por derecho nuevo se llaman asi las acciones que no se destruyen, sino por la prescripcion de muy largo tiempo, esto es, de treinta ó mas años, L. 3. c. de *praescr.* 30. *annorum.* *Temporales*, al contrario, son las que espiran por breve espacio de tiempo; por ejemplo, por uno, dos, cuatro años, y aun por algunos meses. Y tales eran antiguamente todas las pretorias, que no duraban sino un año, porque el mismo im-

182 De las acciones perpétuas, etc.

perio del pretor no era sino de un año, *pr. Inst. h. t.* Y no es ajeno de razon legal que se acaben las acciones por la prescripcion de ciertos años. Pues las acciones son cosas incorporales: las cosas incorporales están en nuestros bienes, §. 388.: lo que está en nuestros bienes se pierde por la prescripcion de ciertos años; luego tambien las acciones se acaban por la prescripcion de ciertos años, que era L. Q. D. D.

§. MCCLXV. — MCCLXXII.

II. Ahora siguen cuatro reglas, por las que puede conocerse qué acciones son perpétuas y cuales temporales. Primera regla. *Las acciones reales duran tanto como el mismo derecho en la cosa (in re) de donde nacen.* Esto es, si se trata de cosa mueble por accion real, se entablará dentro de tres años, si de raiz, dentro de diez, si están presentes los litigantes, y si están ausentes dentro de veinte. Pues en otro caso se usucape la cosa, y conseguida la usucapion, no me queda ningun derecho para obrar, §. 445. Tiene lugar esta regla en la *accion vindicatoria de la cosa, publiciana, confesoria y negatoria*; y aun en las acciones escritas en la cosa (*in rem scriptae*), que dijimos imitaban á las reales. Solo hay tres escepciones. 1) En la accion hipotecaria, la cual, si el mismo deudor posee la hipoteca, se acaba á los cuarenta años: si la posee un tercero de buena fe, á los diez años entre presentes y veinte entre ausentes; si la posee un tercero de mala fe, á los treinta años, L. 1. 2. c. *si aud. cred. L. 7. pr. c. de praesc. 30. ann.* 2)

En la petición de la herencia, la cual siendo de naturaleza mista, y derivándose tanto del derecho en la cosa (*in re*) como á la cosa (*ad rem*), imita las acciones personales, y dura treinta años, L. 7. c. de *haered. pet.* 3) La acción ó queja del testamento inoficioso: la cual por ser odiosa, §. 584., espira á los cinco años, L. 8. §. *ult.* L. 34. ff. de *inoff. test.* Regla segunda. *Las acciones personales persecutorias de la cosa, civiles y pretorias, duran treinta años.* Es tan jeneral esta regla, que de tantas acciones personales casi sin número, solo se exceptuan tres especies. a) La acción de servidumbre prometida, todavía no cuasi entregada. Esta acción es personal por lo estipulado, y sin embargo dura solo diez años entre presentes y veinte entre ausentes, L. *pen.* 6. de *usufr.* L. 13. c. de *serv.* b) Las acciones de ciudades, iglesias, fisco, que por privilejio duran cuarenta años, §. 451. Y c) las acciones que rescinden algun acto, las cuales todas son temporales y espiran por breve espacio de tiempo. Regla tercera. *Todas las acciones penales civiles de delitos privados son perpétuas; las pretorias son ánuas.* Pues aunque entre las acciones persecutorias, civiles y pretorias no hay ninguna diferencia, §. 1270., las penales, sin embargo, por ser odiosas si dimanar del pretor, conforme á lo dispuesto antiguamente, quedaron ánuas. Se exceptuan ciertamente algunas acciones pretorias; á saber, (a) *de hurto manifesto*, la cual es perpétua; porque la misma acción trae orijen de las leyes de las XII tablas, y solo la pena del duplo fue introducida por el pretor, pr. *Inst. h. t.* (b) *La*

184 De las acciones perpétuas, ect.

accion en el hecho (*in factum*) contra los capitanes de barcos, venteros ó mesoneros, es igualmente perpétua, aunque proviene de delito; L. ult. §. 6. ff. naut. caup. stabat. (c) La accion de depósito miserable, que aunque sea mista, y se conceda en el duplo por el edicto del pretor, no obstante es perpétua, L. 18. ff. de pos. aquae., (d) la accion del siervo corrompido, L. 13. ff. de serv. cor., y (e) la accion de effusis et dejectis (de lo derramado y arrojado), la cual es perpétua, á no ser en un caso, si se ha muerto un hombre libre, que entonces dura un año, L. 3. §. 5. ff. de his qui eff. vel. deject. Mas estas mismas tres acciones fueron á la verdad civiles. Pues el que deba pagar el duplo al que niega el depósito, lo establecian las leyes de las XII tablas, Coll. LL. Mos. et Rom. x. 6. Del siervo corrompido lo habia dispuesto la Ley Aquilia, L. 4. L. 5. §. 2. ff. de serv. corr. Y tambien acerca de lo derramado y arrojado la L. 31. ff. ad leg. Aquil. Y el pretor solo corrigió en parte estas leyes; por cuya razon conservarán estas acciones la naturaleza de las acciones civiles, y quedarán perpétuas. Ultimamente, (1) se exceptua tambien la accion de dolo, la cual es de dos años, porque se considera muy odiosa, L. ult. c. de dolo malo. Regla cuarta. Las acusaciones criminales daran veinte años. Se exceptuan pocos casos. a) Si se continua el crimen. Pues cómo opondrá la prescripcion de veinte años quien ejerció durante los veinte años el oficio de robar? L. 4. c. de apost. b) Los delitos carnales, como adulterio, estupro y c) el crimen de peculado, y tambien la persecucion

del seto. silaniano, que solo duran cinco años, L. 29. §. 5. ff. ad L. Jul. de adult. L. 7. ff. ad L. Jul. de pec. L. 13. ff. ad SC. silanian. Del crimen de peculado hablaremos abajo, §. 1366. Y el senadoconsulto silaniano era atrocisimo. Pues si el testador fuese muerto en su casa, no se abria el testamento, á no ser que todos los siervos que se hallaban bajo del mismo techo fuesen atormentados cruelmente, y hasta que sufriesen suplicio los que hubiesen sido reos de este homicidio. Véase el tit. ff. de SC. silan. et claudian.

§. MCCLXXIII. — MCCLXXV.

Siguen tres reglas por las que se juzgará qué accion se da á los herederos, y contra los herederos, y cuál no. Regla primera. *Todas las acciones, tanto persecutorias de la cosa, como penales, se dan á los herederos, á no estar dirigidas solo á la venganza, ó no interesando especialmente al actor.* La razon es fácil: a) lo que falta al difunto tambien le falta al heredero; luego tambien reclama este lo que el difunto podia exigir. b) El heredero pasa á todos los derechos del difunto, §. 534. Luego lo que se debia al difunto, ó por derecho en la cosa (*in re*), ó por derecho á la cosa (*ad rem*) tambien se debe al heredero. Mas se esceptuan las acciones dirigidas solamente á la venganza, por ejemplo, la accion de injurias y otras referidas en el §. 1373., porque á la verdad no pedimos por ellas lo que nos falta de nuestro patrimonio, y por tanto tampoco interesan á los herederos. Y

186 *De las acciones perpétuas, etc.*

se exceptúan las acciones populares, L. 5. §. 5. *de his qui effud.*; porque cuando obra cualquiera del pueblo, ninguno tiene derecho propio de obrar que pueda transmitir á los herederos. Regla segunda. *Todas las acciones persecutorias de la cosa, aunque nazcan de delito, se dan contra los herederos.* Duirsema *Conj. Jur. L. 1. c. 7. p. 110 y sig.* niega lo último; á saber, que las acciones persecutorias de la cosa, nacidas de delito, se den contra los herederos. Pero falsamente; a) pues qué cosa mas cierta que el que se conceden contra los herederos la condicion furtiva, y la accion de las cosas robadas (*rerum amatarum*)? En verdad niega Duirsema que nazcan de delito. Mas con el mismo trabajo negará que dos veces dos son cuatro. b) Manifiestamente se opone al Sr. Duirsema el §. 9. *Inst. de L. Aquil.*, en que dice el emperador que la accion de la Ley Aquilia debe darse contra los herederos, si fuese meramente persecutoria de la cosa; mas por dirigirse despues á la pena, con razon no se concede á los herederos; esta dificultad no pudo disolverla ni el mismo ilustre autor. Regla tercera. *Las acciones penales, ya provengan de delito, ya de contrato* (p. e. del depósito miserable), *se dan á los herederos, mas no contra los herederos, á no ser que hayan sido contestadas por el difunto.* Fúndase la regla en que las penas son personales, y debe obligar á los autores del delito, y no á los herederos inocentes, L. 26. *ff de poen.*; y la razon de la excepcion es porque la contestacion del pleito es una especie de novacion; y por tanto, si el difunto ha contestado el pleito, paga el heredero la multa,

no por delito, sino por cuasi contrato, §. 1019. Por tanto, contestando el pleito, siempre pasan las acciones penales á los herederos, L. 58. ff. de obl. et act.

TITULO XIII.

De las escepciones.

§. MCCLXXVI. MCCLXXVII.

Concluimos la materia de las acciones. Mas asi como el actor entabla su accion, asi es propio del reo defenderse contra la intencion del actor. Y esta defensa se hace, ó negando, por ejemplo: *digo que me debes ciento: niego que debo ciento*; ó confesando la causa de pedir, mas eludiéndola con alguna escepcion; por ejemplo: *digo que me debes ciento: lo confieso, pero opongo la escepcion del senadoconsulto mecedoniano, porque era hijo de familia*. Y de estas escepciones tratamos ahora, considerando 1) qué es escepcion, §. 1277.: 2) de cuántas maneras, §. 1278. 1280.: 3) cómo deben oponerse en juicio, §. 1281. y sig.

I. Escepcion es la exclusion que atendida la equidad se hace de la accion que compete por derecho estricto, *pr. Inst. h. t.* A saber; entonces digo que hay escepcion cuando la accion vale ciertamente por derecho estricto y debe tener efecto; pero no obstante la equidad la rescinde. Asi dijimos arriba, que la voluntad forzada era tambien voluntad por derecho estricto, mas la equidad manda que se invalide la pro-

mesa hecha por fuerza y miedo; por tanto se concede la escepcion por causa de miedo (*quod metus caussa*). Asi tambien observaremos que por derecho estricto se obliga el hijo de familias en todo contrato, y por tanto en el mútuo, mas no obstante la equidad y el favor de los padres elude esta obligacion del mútuo, concediendo la escepcion del *senadoconsulto macedoniano*. Propiamente, pues, no son escepciones las que quitan la obligacion *ipso jure*; por ejemplo, la *paga compensacion*. Pero los pragmáticos toman latamente la palabra escepcion, y aquellas alegaciones por las que se escluye la accion atendida á la equidad las llaman *escepciones de derecho*, y aquellas por las que *ipso jure* se destruye la accion, les denominan escepciones de hecho (*excepciones facti*.)

§. MCCLXXVIII. — MCCLXXX.

II. Siguen ahora varias divisiones de las escepciones. 1) Pues unas son *civiles*, que nacen de las leyes, *senadoconsultos* y *constituciones* de los príncipes; por ejemplo, la escepcion de *non num. pec.* (del dinero no contado) *del senadoconsulto macedoniano, veleyano*. Otras *pretorias*, que dimanen del edicto del pretor; por ejemplo, las escepciones por causa de miedo (*quod metus caussa*), *de dolo malo*, *de pacto*, *de juramento*; pero no diferenciándose estas acciones en el efecto, no es de grande importancia esta division. Pues aunque las acciones *civiles* son *perpétuas*, y algunas *pretorias* *temporales*, no se observa esta diferencia en las escepciones. Por-

que si está en mi potestad obrar cuando quiera, no así oponer la escepcion. Por tanto, todas las escepciones son perpétuas, excepto la escepcion *non. num. pec.*, la cual espira á los dos años, §. 844. 2., aunque civil, §. *un. Inst. de Litt. obl.* 2) Las escepciones son *perpétuas* ó *perentorias*, y *dilatorias* ó *temporales*. Las perpétuas ó perentorias destruyen la accion é intencion del actor, y la eluden para siempre; por ejemplo, si al acreedor se opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano, por causa de miedo (*quod metus caussa*); *de dolo malo*, se escluiria su accion para siempre, y por tanto estas acciones son perentorias. Mas dilatorias ó temporales se llaman las que solamente difieren las acciones hasta cierto tiempo, y suspenden su efecto, y no las que las escluyen por siempre; por ejemplo, si opongo á mi actor la escepcion de no haber prestado caucion (*cautionis non præstitae*) se suspende á la verdad el efecto de la accion hasta que se haya prestado la caucion, mas no por eso se destruye; luego esta escepcion es dilatoria. Es muy recomendable el folleto de Q. Septimio Rivino, titulado: *Specimen exceptionum forensium*. 3) Ciertas escepciones son *in rem* (reales), que aprovechan á los herederos y sucesores, cuales son la mayor parte; algunas *in personam* (personales) que estriban en privilegio personal, y por consiguiente espiran con la persona; por ejemplo, la escepcion del *beneficio de competencia*. Pues este solamente se ha dado á ciertas personas, como vimos en el §. 1119 y sig.

§. MCCLXXXI. MCCLXXXII.

III. Resta decir cuándo han de oponerse las excepciones en el juicio. Lo que se comprende en dos reglas: las *excepciones dilatorias deben oponerse antes de la contestacion del pleito*, L. *pen. L. ult. B. de exc.* Esceptúanse (a) las excepciones que cambian lo anulado en el juicio; por ejemplo, la legitimacion de la persona del procurador. (b) Las que nacen de algun hecho posterior; por ejemplo, la excepcion de cancion despues que el actor vendió sus bienes raices. Estas se oponen en cualquiera parte del juicio L. *14. ff. h. t.* (c) Las excepciones privilegiadas, del juez incompetente, del beneficio de competencia, de cesion de acciones; las cuales se oponen tambien en la ejecucion. L. *ult. C. Si á non comp. jud. L. 41 ff. de fideju. L. 41. §. 1. ff. de fidejus. 2. Reg. Las excepciones perentorias pueden oponerse en los juicios de buena fe en cualquier parte del juicio; en las acciones de derecho estricto han de alegarse antes de la contestacion del pleito, y probarse despues*, L. *8. c. h. t. L. 9. ff. de praescript. long. temp.* Pero en el dia todas indistintamente se han de alegar al tiempo de la contestacion del pleito y probarlas despues, á no ser (a) las que impiden la entrada en el pleito; cuales son las que pueden probarse *incontinenti*; (b) las privilegiadas, como la excepcion del senadoconsulto macedoniano y veleyano, de las cuales estas pueden oponerse tambien antes de la contestacion, y aquellas en la misma ejecucion, L. *11. ff. ad set. veley.*

TITULO XIV.

De las réplicas.

§. MCCLXXXIII. — MCCLXXXV.

Asi como el reo elude la intencion del actor con la escepcion, §. 1276., asi el actor intenta con la *réplica* escluir la escepcion del reo, que esta segunda vez trata de apoyar con la *contraréplica*. Por tanto, *réplica* es la nueva alegacion del actor por la que elude la escepcion del reo; *contraréplica* es la nueva alegacion del reo, por la que intenta escluir la *réplica* del actor; por ejemplo, la accion es: *tú me debes ciento de mútuo*, escepcion del reo: *era hijo de familias; y por tanto te se opone la escepcion del senadoconsulto macedoniano*. *Réplica* del actor: *es asi que contrajiste por órden de tu padre*. *Contraréplica* del reo: *niego que lo ordenase mi padre*. Aqui vemos claramente como la primera alegacion se elude siempre y debilita por la posterior: á veces se conceden á los litigantes muchas alegaciones; á saber, *tercera contestacion, cuarta, quinta, sexta*; pero cuando se conceden muchas, son mas defectuosos los juicios. Pues qué necesidad hay de repetir lo que ya se ha dicho? por lo demas han de observarse estas reglas. (a) Escepcionando, el reo se hace actor; luego debe probar la escepcion, exhibir los instrumentos, etc.: b) al reo compete la última alegacion, pues se defiende, y por tanto su causa es mas favorable.

TITULO XV.

De los interdictos.

§. MCCLXXXVI.—MCCLXXXIX.

En los títulos anteriores esplicamos todas las acciones reales y personales, excepto los *interdictos*. No naciendo estos propiamente ni de derecho á la cosa (*ad rem*), ni de derecho en la cosa (*in re*), sino de la posesion; por esto reservó su esplicacion Justiniano para este lugar. Nosotros examinaremos, a) la naturaleza y origen de los interdictos, §. 1286. 1289.: b) varias divisiones de los mismos, §. 1290. 1291.: c) los interdictos de obtener la posesion, §. 1292. 1298.: d) los interdictos de retener la posesion, §. 1299. 1302.: e) el interdicto de recuperar la posesion, §. 1306. 1308.

I. En cuanto á la naturaleza y origen de los interdictos, dijimos que en ellos especialmente litigamos sobre la posesion; y en verdad no de la posesion *natural*, por la que detiene uno meramente la cosa, cual es la del arrendatario, depositario, comodatario; sino de la *civil*, que es la detencion de la cosa con ánimo de tenerla para sí, cual es la posesion del que la posee por el justo título, como el de compra, donacion, legado, etc., ú otras causas hábiles para transferir el dominio. Es esta posesion digna de que litiguen por ella los hombres? En verdad á ninguno da un derecho real y perpétuo, sino solo momentáneo, y que dura hasta que siga sentencia condenatoria. Sin embargo

está admitido el proverbio del derecho, *beati possidentes* (*dichosos los que poseen*). Y ciertamente es de grande importancia la posesion. Pues a) libra de la prueba, L. 28. *C. de rei vind.* b) Los poseedores de buena fe hacen suyos los frutos consumidos, y solo restituyen los existentes, §. 377. c) Retienen la cosa hasta que por sentencia del juez la recupere otro, §. 4. *Inst. h. t.*: lo que trae grande utilidad en los paises en que los pleitos son inmortales. d) Los poseedores se defienden por propia autoridad si alguno intenta arrojarles por fuerza de la posesion; y e) si han sido echados por fuerza, arrojan segunda vez á los intrusados, L. 1. *C. unde vi*, L. 3. §. 9. *L. 17. ff. de vi et vi armata*; estando prohibida en los demas casos toda venganza privada, y no pudiendo ninguno hacerse justicia por sí mismo, L. 7. *C. unde vi*, L. 13. *C. quod metus causs.* Ultimamente, f) en igual caso siempre es mejor la condicion del que posee, y en duda ha de sentenciarse á su favor, L. 125. L. 128. *ff. de R. J.* Tantas son las utilidades de los que poseen. Siempre pues que litigaban los hombres sobre la posesion, no permitia el pretor que durase mucho, sino que fuera de órden conocia brevemente de la causa, y con la breve fórmula como poseeis (*uti possidetis*), asi poseais (*ita possideatis*), decretaba quien debia de poseer interin se acababa el juicio petitorio. Por tanto en aquel tiempo los *interdictos* eran fórmulas y palabras solemnes, por las que el pretor en las causas de posesion mandaba ó prohibia que se hiciese alguna cosa, *pr. Inst. h. t.* Mas en el dia, despues que dejaron de usarse

aquellos rodeos de fórmulas, podían definirse los interdictos, diciendo que son *unas acciones extraordinarias, por las que se disputa breve y sumariamente sobre la verdadera posesion, ó cuasi posesion, d. pr. y §. ult. Inst. h. t.* Hay ciertas causas de propiedad que se esplican del mismo modo por interdictos. Empero son muy pocas, como cuando hay miedo de armas, ó no sufren dilacion, atendida la salud pública, de las que se trata en las *ff. Lib. XLIII.*

§. MCCXC.—MCCXCV.

II. Siguen varias divisiones de los interdictos. Pues 1) unos son *prohibitorios*, por los que impide el pretor hacer alguna cosa. Tales son los interdictos, *ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco vel itinere publico fiat etc.*, (no se haga esto en lugar sagrado; no se haga esto en lugar ó camino público). Otros *restitutorios*, por los que manda el pretor restituir algo; por ejemplo, el interdicto donde por la fuerza (*unde vi*); por el cual manda el pretor que se restituya la posesion á aquel que fue arrojado de ella por fuerza. Otros últimamente son *exhibitorios*, por los que manda el pretor que se exhiba alguna cosa, ó que se produzca publicamente y se dé á ver; por ejemplo, si uno oculta testamento, dará el pretor el interdicto *de tabulis exhibendis* (*de exhibir el testamento*); si uno tiene hijos ajenos ocultos de su padre, concederá á este el interdicto *de liberis exhibendis* (*de manifestar los hijos*). 2) Unos son interdictos *simples*, otros *dobles*; de los que se trata últimamente en el §.

1305. Pero estando ahora hablando de las divisiones de los interdictos, añadiremos esta: *simples* son aquellos en que solamente puede uno ser actor y reo; por ejemplo, en el interdicto donde por la fuerza (*unde vi*), es siempre actor el que ha sido arrojado por fuerza, y reo el que arrojó. Y *dobles* son aquellos en que cada uno puede ser actor y reo. Tales son los dos interdictos como poseéis (*uti possidetis y utrobi*). Pues siendo en estos casos dudosa la posesion, cualesquiera podrá provocar al juicio. No obstante se considera actor el que provocó el primero; y si ambos hablaron á un tiempo, el que la suerte designe. 3) Unos interdictos son de *obtener la posesion* (*adipiscendae possessionis*), por los que pedimos la posesion, que aun no teníamos; otros de *retener la posesion* (*retinendae possessionis*), por los que tratamos de recuperar la posesion perdida, §. 2. 3. 4. *Inst. h. t.* Y esta es la principal division, por lo que trataremos de cada una de sus especies separadamente.

§. MCCXCVI. — MCCXCVIII.

III. Tres interdictos especialmente se han de tener presentes de *obtener la posesion*, de los que los dos primeros toman el nombre de las palabras con que empiezan los edictos, y el último del pretor que fue su autor. 1) El primero es el interdicto de cuyos bienes (*quorum bonorum*), que se concede á aquel á quien el pretor dió la posesion de los bienes, ó al heredero pretorio, contra aquel que posee la herencia

como heredero ó poseedor, para conseguir la posesion de la herencia, §. 3. *Inst. h. t.* Es pues semejante este interdicto á *la peticion de la herencia*, pero sin embargo no es la misma cosa. Pues (a) la peticion de la herencia es un juicio petitorio; este interdicto posesorio. (b) Por aquella reclamamos un derecho hereditario; por este la posesion. (c) Por aquella perseguimos las cosas corporales é incorporeales; por este solamente las corporales, L. 2. *ff. quor. bon.* Tambien tiene mucha analogía con este interdicto el *remedio* de la *L. ult. c. de invalidar el edicto de Divo Adriano (edicto D. Hadriani tollendo)*. Mas sin embargo se diferencia de este. Pues por aquel consigue la posesion de la herencia aquel á quien el pretor ha dado la posesion de los bienes; por este remedio logra la posesion de la herencia el heredero nombrado en testamento, si manifiesta las tablas sin tener ningun vicio visible. 2) El otro es el interdicto, porque de los legados (*quod legatorum*). El legatario ciertamente es dueño de la especie que se le ha legado desde el momento en que muere el testador, §. 606. 3. L. 80. *ff. de leg. 2. L. 64. ff. de furt.* Mas no por eso es poseedor desde aquel instante. Y aun no puede tomar por su propia autoridad la posesion de su legado, sino que debe tomarla del heredero para no quitarle á este la facultad da cercenar la cuarta falcidia, L. 1. §. 2. *ff. L. un. c. quod legat.* Asi que si el legatario no obstante invade la posesion de la cosa legada, en primer lugar afianza el heredero que cumplirá en adelante los legados, y en seguida usa del interdicto, porque de los legados (*quod legatorum*) contra

el legatario para conseguir su posesion hasta que cercene la cuarta falcidia. 3) El tercero es el interdicto salviano, que se concede al locador del fundo ó predio rústico contra el colono, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda, §. 3. *Inst. h. t.* Por tanto este interdicto es especial, y solo pertenece al locador del predio rústico. Sin embargo, por la interpretacion se ha estendido á todos los acreedores á cuyo favor se han constituido prendas contra los deudores, para conseguir la posesion de las cosas dadas en prenda. Cualquiera advertirá que este interdicto es muy semejante á la accion *serviana* y *cuasi serviana*, de la que se ha tratado arriba. (§. 818. y 1138 sig.) Mas no obstante se diferencian, pues (a) las acciones *serviana* y *cuasi serviana* son reales; el interdicto *salviano* y *cuasi salviano* son personales. L. 1. §. 3. *ff. de interd.* (b) Aquellas se dan contra cualquiera poseedor; este solo contra el deudor. (c) En aquellas ha de probarse que la prenda se halla en los bienes del deudor, L. 15. §. 1. *ff. de pignor. et hypoth.*; en este de ningun modo.

§. MCCXCIX. — MCCCII.

IV. La otra clase de interdictos es la de *retener la posesion*; los cuales son dos, como poseeis (*uti possidetis y utrobi*). Ambos se conceden á aquel que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa sin fuerza, ni clandestinamente, ni precariamente (pues estos son los tres vicios de la posesion), contra el que le turba, 1) para que desista de turbarle, 2) preste caucion de no

turbarle mas, y 3) satisfaga juntamente al actor la estimacion de los daños. Siendo pues uno y otro de la misma naturaleza, se pregunta solo en qué se diferencian. Resp. En que el interdicto como poseeis (*uti possidetis*) se da en las cosas raices, y el interdicto *utrubi* en las cosas muebles, L. 1. §. 8. 9. ff. *uti. poss. L. un §. 5. ff. utrubi*, §. 4. *Inst. h. t.*

§. MCCCIII. — MCCCIV.

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

Empero desde que el derecho canónico introdujo en el famoso *can. redintegranda 3. causs. 3. qu. 1. et cap. 18. x. de restitut. spoliat.*, el remedio ó la accion de *despojo*, está mas admitida en la mayor parte de los paises que el interdicto donde por la fuerza (*unde vidi*). Esta accion canónica es mas pingüe que el interdicto donde por la fuerza (*unde vi*, 1) en que el interdicto solo se concede en la cosa raiz, y la accion de despojo en la cosa mueble y raiz, y aun en los derechos. 2) En que el interdicto es personal, y por tanto solo se concede contra el que arrojó, y la accion de despojo es real, y compete contra cualquiera poseedor. Por lo que advertimos arriba (§. 334. al fin) que la posesion por derecho canónico en algun modo participaba de la naturaleza de derecho en la cosa (*in re*). 3) En

el interdicto donde por la fuerza (*unde vi*) no se destierra toda escepcion, y en el despojo cesan todas las escepciones. De aqui se ha formado la regla: *spoliatus ante omnia restituendus* (*ante todas cosas debe restituirse al despojado su derecho.*)

§. MCCCVI.—MCCCVIII....

TITULO XVI.

De la pena de los litigantes temerarios.

§. MCCCIX.

Los dos títulos siguientes pertenecen á los juicios, y en este se trata de la pena de los que litigan temerariamente. Mas ha de tenerse cuidado de no entender aqui por pena el daño ó castigo que impone el superior por las malas acciones, sino que la pena es aqui un medio de reprimir. Lo cual se manifiesta, de que el juramento de calumnia se cuenta entre las penas de los litigantes temerarios; no obstante que mas bien se impide y reprime la temeridad de los litigantes para en adelante, que se castiga la calumnia pasada. Tales modos de reprimir la temeridad de los litigantes son tres: el juramento de calumnia, §. 1310. 1313.; la pena pecuniaria, §. 1314.; la infamia, §. 1315.

§. MCCCX. — MCCCXIII

I. El primer modo de reprimir la temeridad de los litigantes es el *juramento de calumnia*, por el cual las partes y sus abogados juran en juicio que no harán nada calumniosamente y con malicia. Es de dos maneras; *jeneral y especial*, que tambien se llama de *malicia*. *Jeneral* es el que se presta por el actor, reo y abogados, en todas las causas al momento desde el principio del juicio. Las fórmulas son varias; pero siu embargo todas se dirijen á prometer que no obrarán calumniosa y dolosamente, ni dilatarán el pleito, etc. *Especial*, es el que se presta siempre que nace en el pleito sospecha de malicia ó dolo, ó siempre que se exige por el contrario cuando hay recelo de que puede ser exigido calumniosamente; por ejemplo, si uno pide juramento á otro, el que le pide está obligado á jurar antes; si uno exige la presentacion de instrumentos, presenta posiciones, etc., debe jurar antes que no lo hace con dolo malo, ni con ánimo de vejar ni calumniar. Por lo demas, suponiendo este juramento que otro es sospechoso de dolo y de calumnia, no puede pedirse á aquellos á quienes debemos reverencia, como á los padres, patronos, señores del feudo. L. 16. *ff. de jure jur.* L. 34. §. 4. *ff. eod.* 2. *feud.* 33. §. 1. Ademas no hay lugar á este juramento en las causas criminales. Pues el reo de suplicio capital, ó de pena corporal aslictiva (*corporis aslictiva*), fácilmente prestaria este juramento, aun cuando

fuese muy sospechoso de perjurio. Y quién creerá que aquel á quien amenaza el suplicio, no obrará calumniosamente para evitar la pena, aunque fuese calumnia? Todos los medios tientan estos hombres, y acostumbran *flectere si nequeant Superos, Acheronta movere.*

§. MCCCXIV.

II. El otro modo de reprimir la temeridad de los litigantes es la *pena pecuniaria*, que en nuestro derecho es de tres maneras. Pues 1) en algunas causas crece la demanda por no confesar la verdad, como en la accion de la Ley Aquilia (§. 1093.), en los legados dejados á lugares santos (§. 1173. 1177. 3.), en la accion de *pauperie* (de daños causados por animales) (§. 1237 al fin) 2) El vencido tiene que pagar al vencedor las costas, á no ser que tuviese probabilidad en el litijio, ó fuese dudoso el derecho de los litigantes, §. 1. *Inst. h. t. L. 79. ff. de judic.* 3) El que citaba á juicio sin la vénia del pretor á quien no era permitido citar, era multado en 50 aureos, L. 1. §. 2. *ff. de injus voc.* Solo la segunda de estas penas está recibida todavía en la práctica, habiéndose casi desusado las demas.

§. MCCCXV.

III. El tercer modo de refrenar el prurito temerario de litigar es la *infamia*, que se origina siempre que es condenado alguno: 1) por verdadero delito, escepto por la Ley Aquilia,

202 *De la pena de los litigant. temer.*

porque por esta accion es castigada muchas veces aun la culpa mas leve. §. 1081. 2) Por los cuatro contratos infamativos, tutela, depósito, sociedad y mandato, §. 1. 2. *Inst. h. t. L. 1. ff. de his qui not. infam.* En el §. 783. dimos arriba oportunamente la razon por qué los demas contratos no producen infamia.

TITULO XVII.

Del oficio del juez.

§. MCCCXVI. — MCCCXXIX.

Hasta aqui hemos tratado del oficio del actor, procuradores y reo: resta examinar el cargo del juez. Y ciertamente trataremos aqui de dos puntos principales: a) qué diferencia hay entre magistrado y juez, §. 1317. 1329.: b) cuál es el oficio del juez, §. 1330. 1333.

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

1. Muchas diferencias habia por derecho romano entre el magistrado y el juez. El *majistrado* era persona pública constituida por votacion del pueblo, que ejercia jurisdiccion. El *juez* al contrario, era persona privada, como un jurisconsulto, á quien el majistrado encargaba el conocimiento del hecho, y le prescribia la fórmula, segun la que habia de darse la senten-

cia. Por tanto aquel administraba justicia en virtud de su autoridad y jurisdiccion; este cono- cia de la causa por órden del pretor. Aquel co- nocia sobre el derecho; este sobre el hecho. Aquel administraba justicia en el tribunal: este en las sillas; por lo que se llama *pedáneo*. Lo que se obraba ante aquel se decia que se hacia en el *tribunal (in jure)*: lo que ante este en *jui- cio (in judicio)*. Pero de este uso ya hicimos mu- chas observaciones en el §. 1181 y sig.

2. Constituyendo pues la jurisdiccion la prin- cipal diferencia entre el majistrado y juez, se pregunta: en qué consiste aquella, y de cuán- tas maneras es? *Jurisdiccion* es el conocimiento que compete por derecho de majistratura. Asi Cujacio, *Paratitl. Dig. tit. de jurisd.* Y en esto mismo se diferencia del conocimiento del juez, que venia no por derecho de majistratura, sino en virtud del derecho que le trasladaba el pre- tor. Diferente de esta jurisdiccion es el *imperio*, el cual es cierta fuerza armada. Donde quiera pues que no hay solo conocimiento, sino fuer- za y coaccion, no es jurisdiccion, sino impe- rio; por ejemplo, si se hace ejecucion, si se castiga á alguno con cárcel, palos ó suplicio. Y este imperio es ó mero, ó misto. El *mero* con- siste en el derecho de la espada, ó de castigar á los facinerosos, y que por los pragmáticos modernos se llama *jurisdiccion criminal ó alta*. Y *misto* es la fuerza y facultad de obligar y cons- treñir; la cual tienen aquellos á quienes com- pete la *jurisdiccion civil*, para que puedan eje- cutar sus sentencias, tomar prendas, multar y apoderarse de la misma persona. En esto se di-

ferencia la jurisdiccion y el imperio, aunque Noodt, *tract. de jurisdict. L. 1. C. 1. y sig.*, y el ilustre Wistemberjio, *pand. tit. de jurisd.*, juzguen que ambas palabras son de la misma significacion. Volvemos á la jurisdiccion, que se divide de varios modos. Una es (a) *voluntaria*, otra *contenciosa*. Aquella es la que se ejerce entre los que lo quieren y consienten; mas claramente, en que ninguno defiende, ni hay que citar á la parte contraria. Tal jurisdiccion voluntaria tiene lugar en la adopcion, manumision, emancipacion, presentacion del testamento, etc. Esta es, al contrario, la que no puede ejercerse sin citar y oír la otra parte; por ejemplo, si se entabla la accion en el foro, se oyen los testigos, se da la sentencia. Estas dos especies se diferencian mucho. Pues (1) los actos de jurisdiccion contenciosa requieren juez competente; los de voluntaria pueden tratarse ante cualquiera, y aun por el juez en causa propia. (2) Aquellos se despachan en el tribunal; estos tambien estando el pretor, v. gr., en el baño, §. 2. *Inst. de libertin.* (3) Aquellos se habian de despachar en los dias de audiencia; estos tambien en los feriados. (b) La jurisdiccion es *ordinaria ó extraordinaria*. Aquella compete á cualquier magistrado en virtud de jurisdiccion; esta se concede á algunos fuera de órden por ley especial. Por ejemplo; los que tienen jurisdiccion, tienen tambien derecho de citar, de dar sentencia, ejecutarla; por tanto estas cosas son de jurisdiccion ordinaria. Mas no tenian en el imperio romano el derecho de nombramiento de tutor, sino aquellos á quienes se habia conce-

dido esta facultad por ley especial, ó senado-consulto, ó constitucion del príncipe; por tanto el nombramiento es un acto de jurisdiccion extraordinaria. Estas especies se diferencian en el efecto, de modo que la jurisdiccion ordinaria puede encargarse á otro; no asi la extraordinaria. L. 1. *pr. ff. de off. ejus qui mand. juris.*

c) La jurisdiccion es ó *propia*, *encargada*, ó *prorogada*. *Propia* es la que compete en virtud de la magistratura. *Encargada*, la que el magistrado eucarga á otro mandándole que la desempeñe á su nombre. Por ejemplo; si un *magnate* adornado de jurisdiccion por su impericia en el derecho comete la jurisdiccion á un *jurisperito*, el cual entonces se llama en la Alemania *justitiarius*. *Prorogada* es cuando uno litiga ante el juez incompetente, ó porque se somete á su jurisdiccion voluntariamente, ó porque es reconvenido ante el juez á cuya presencia citó á otro. Estas son las principales especies de jurisdiccion segun la jurisprudencia romana.

3. Por lo demas la misma esperiencia nos dice que no se diferencian entre nosotros el magistrado y el juez. El mismo que es magistrado es tambien juez. Ni suelen entre nosotros los magistrados nombrar jueces pedáneos, sino que ellos mismos conocen del derecho y del hecho. Pero qué? Ya en tiempo de Justiniano parece haberse desusado esta diferencia; pues dice el *§. ult. Inst. de interdict.* que en el dia todos los juicios son *extraordinarios*. Y juicios *extraordinarios* eran aquellos en que el mismo magistrado administraba justicia. Sin embargo de aquel

antiguo rito quedó la distincion entre el oficio noble y mercenario del juez. Llamamos oficio noble, siempre que el juez puede decretar algo sin habérsele pedido; por ejemplo, puede mandar que se obonen las costas del pleito. Y oficio mercenario es cuando no puede decretar, si no que se le pida. Asi, por ejemplo, no decreta el juez la citacion sin ser implorado.

§. MCCCXXX. — MCCCXXXIII.

II. Sigue la otra parte del título: cuál es el oficio del juez? Resp. 1) Que juzgue rectamente conforme á las leyes, constituciones y costumbres. Asi Justiniano, *pr. Inst. h. t.* Pero en el dia ha de invertirse el órden, pues lo primero de todo debe procurar el juez juzgar con arreglo á las *costumbres* de cada pueblo, porque ya vimos arriba (§. 72. 3.) que derogan á la misma ley. Donde no hay costumbres particulares debe juzgar segun las *constituciones*, ó en las repúblicas libres segun los *estatutos*. Pues estos tienen mas autoridad que el derecho romano, el cual solamente está recibido *in subsidium* (como auxiliar, caso de no haber ley ó costumbre nacional). (§. 17.) Ultimamente, cuando no hay estatutos, ó al menos, si los estatutos no deciden el caso, se ha de juzgar conforme á las leyes; esto es, con arreglo al derecho *comun* romano, ó solo, ó juntamente con el derecho canónico, segun lo han establecido las diversas legislaciones de los distintos paises. 2) Que observe las leyes y el órden de proceder admitido en cada provincia. Pues cuanto obre sin obser-

var la costumbre, será nulo *ipso jure*; por ejemplo, si uno da sentencia sin oír á una parte. 3) Que ejecute la sentencia si adquiere la autoridad de cosa juzgada. No obstante, guardan nuestras leyes la discrecion de conceder al reo que ha sido condenado en cierta cantidad, algun pequeño espacio ó desahogo, dentro del cual pueda juntar el dinero, con tal que asiance que pagará, §. 2. *Inst. h. t.* Pues no siempre está pronto aun el dinero de los ricos. Y de aqui es que suelen decir los pragmáticos: *neminem cum sacco et pera venire debere in judicium* (Ninguno esta obligado á prestarse en juicio con el bolsillo ó talego de dinero). Mas si uno ha sido condenado á la restitution de la especie; por ejemplo, de una casa ó fundo, se ha de entregar al punto. Pues esta puede restituirla el poseedor en cualquier momento, y no es necesario disimularle la tardanza. L. 9. *ff. de rei vindic.* Resta la cuestion de si pasará al instante á mi dominio lo que por sentencia ó autoridad de cosa juzgada me ha adjudicado el juez, antes de que se me entregue: lo cual negamos. Pues (a) la sentencia no da dominio, sino que le declara, L. 8. §. 4. *ff. sis erv. vind.* (b) La accion de cosa juzgada no es real, sino personal, y deberia ser real si consiguiésemos el dominio por la misma sentencia, porque no usamos de condiciones para reclamar nuestras cosas, sino que las vindicamos. (§. 129.) (c) Se exceptuan sin embargo los tres juicios divisorios, de señalar los límites de los herederos, dividir las cosas comunes y partir la herencia, en los que conseguimos al momento sin la tradicion el dominio de

cuanto se nos adjudica (§. 329.), §. ult. Inst. h. t.

TITULO XVIII.

De los juicios públicos.

§. MCCCXXXIV.—MCCCXXXIX.

Tambien se ha acabado ya la tercera parte de las Instituciones; á saber, de las acciones; pues este último título no pertenece al derecho privado, de que se ha tratado hasta aqui, sino al público. Trátase pues en él de los juicios públicos ó criminales, y por tanto puede considerarse este título como apéndice de las Instituciones.

Dijimos arriba que los delitos son ó *privados* ó *públicos*. Eran aquellos los que atacan directamente á los particulares, y por tanto sufren tambien solamente la persecucion privada. Estos al contrario son los que turban la seguridad pública, y de aqui es que se vengán con público castigo, §. 1035. De aqui se manifiesta claramente por qué se llaman *públicos* aquellos juicios criminales que se entablan para castigar á los facinerosos; los cuales se diferencian en muchas cosas de los juicios privados. 1) En los juicios privados hay actor; en los públicos acusador. 2) Aquellos los mueve aquel á quien le interesa especialmente, á no ser la accion popular; en estos acusa el que es hábil (y por tanto no la mujer, ni el infame, escepto en el crimen de lesa majestad), ó tambien la misma

sociedad persigue los crímenes públicos por medio de un procurador ó abogado fiscal: 3) en aquellos solo afianza el actor que abonará las costas al reo vencedor si es convencido de haber litigado temerariamente; §. 1314. 2.: en estos deben señalar el crimen; esto es, obligarse en la pena del talion de no probar aquel, L. 7. *pr. L. ult. c. de accus. et. inscr.*: 4) en aquellos se trata de la satisfaccion privada; en estos pide el acusador el castigo ó vindicta pública, ya consista en pena capital ó no capital. Llamamos penas *capitales* las que quitan la vida *civil* (pues tambien se llama *caput* el estado de libertad y ciudad, §. 223.) ó la *natural*; por ejemplo, la condenacion á horca, á las llamas, amputacion de la cabeza, condenacion á las minas, deportacion á alguna isla ó destierro, L. 28. *pr. §. 11. L. 8. §. 1. y sig ff. de poenis*. Penas no *capitales* son para nosotros las que no quitan la vida civil, ni la libertad, ni los derechos de ciudad, cuales son los palos, azotes, condenacion á obras públicas, relegacion, infamia, privacion de dignidad; L. 6. §. *ult. L. 3. L. 8. pr. L. 28. ff. de poenis*. Pues los que la sufren, ni son privados de la libertad, ni de los derechos de ciudad. Esto en cuanto á la diferencia de los juicios públicos y privados: en seguida ha de advertirse ahora que los crímenes públicos son ó *públicos* ó *extraordinarios*; llamamos públicos aquellos sobre los que existen leyes particulares, por las que está señalada cierta, ordinaria y lejitima pena. Extraordinarios son aquellos hechos de pésimo ejemplo y dignos de castigo; pero sobre los que no existe sin embargo

ley particular, ni señalada por ella pena ordinaria. Por lo que se castigan estos crímenes extraordinariamente, atendidas las circunstancias. Por ejemplo; acerca de los adulterios existe una ley particular de los adulterios (*de adulteriis*.) Luego el adulterio es un crimen público. Mas si uno rompiese los diques del Nilo, sería esta maldad de fatal ejemplo; pero sin embargo no existiendo ninguna ley particular sería castigado fuera de orden. De los *crímenes extraordinarios* se trata en la última parte, *ff. lib. 47*. Ahora hablaremos brevemente de los *públicos propiamente dichos*. Tales son doce, sobre los que hay otras tantas leyes: 1) la Ley Julia de lesa majestad, §. 1340. 1345.; 2) la Ley Julia de adulterios, §. 1346. 1355.; 3) la Ley Cornelia de los asesinos, envenenadores y hechiceros, §. 1356.: 1358.; 4) la Ley Pompeya de los parricidas, §. 1259. 1361.; 5) la Ley Cornelia de los falsarios, 1362 y 1363.; 6) la Ley Julia de la fuerza pública y privada, §. 1364 y 1365.; 7) la Ley Julia del peculado, §. 1366 y 1367.; 8) la Ley Fabia de los plajiarios, §. 1368.; 9) la Ley Julia del soborno (*reputandarum*); 10) la Ley Julia de los que compran con dinero los cargos públicos (*de ambitu*); 11) la ley Julia de la carestía de víveres (*de annona*); 12) la Ley Julia de los que roban el tesoro público administrándole (*de residuis*), §. 1369, 1370.

§. MCCCXL.—MCCCXLV.

I. La Ley Julia de lesa majestad, tan severa en sí misma, de tal modo la llenaron de saña Arcadio y Honorio en la Ley *quisquis c. ad L. jul. maj.*, y es ya tan horrorosa, que mas bien parece escrita con sangre que con tinta. La Ley Julia, dada por Julio César, castiga todo hecho cometido directamente contra la seguridad de la república ó majestad del sumo imperante, L. 1. §. 1. *ff. ad juliam majestatem*. Es este crimen de dos maneras: *de estado (perduellionis)*, y *de lesa majestad en especie (majestatis in specie)*. Dícese delito *de estado* el que se comete con ánimo hostil contra la república ó sus primeros ministros, L. 5. *pr. c. eod.* Y á este pertenecen todos los que conjuran contra la república, matan al príncipe, ponen asechanzas á su vida y dignidad, ó se abrogan los derechos de la majestad, etc. Hay un largo catálogo de semejantes maldades en la L. 1. *ff. eod.* Llámanse reos de *lesa majestad* los que no estan en la república hostilmente, pero sin embargo ofenden al sumo imperante de palabra ó hecho; por ejemplo, los que profieren al príncipe palabras injuriosas. El primer crimen es mas horrible, y se castiga con mas severidad que todos los demas. Pues 1) al reo de estado se le impone el último suplicio, y segun el uso moderno en Alemania se le divide en cuatro partes; en Inglaterra se le pone en la argolla, y sacándole de ella vivo, estraído el corazon y los intestinos, se le divide en cuatro partes. En Francia es des-

cuartizado por cuatro caballos. 2) Se condena despues de la muerte la memoria del que sufrió el suplicio, §. 3. *Inst. h. t.* Y de aqui es que en muchos pueblos está admitido que se derribe la casa del condenado, y se erija en la área una columna, en que se inscriba para su oprobio la maldad cometida por su poseedor. 3) Todos sus bienes se confiscan, *L. ult. ff. L. 5. c. eod.*, á pesar de haber cesado la confiscacion en los demas delitos desde que Justiniano abolió la servidumbre de la pena, §. 83. 4) Tambien son infames los descendientes; y los varones por ser sospechosos de venganza, estan escluidos de la herencia de sus abuelos, padres y estraños, y aun de toda esperanza de alguna dignidad; mas á las hijas se las deja al cabo la herencia legitima materna y de sus abuelos solamente, porque no tiene que temer de ellas el estado, *L. 5. 6. eod.* Tan atroz es la pena del delito de estado. Y asimismo se observan muchas cosas extraordinarias en el modo de proceder. Pues 1) aqui acusan todos, aun los inhábiles; por ejemplo, las mujeres, los infames, etc., *L. 7. pr. ff. 2. L. 8. ff. eod.* 2) Ni puede el reo valerse de abogados, ni 3) de apelacion, sin embargo de ser causa de sangre y de perjuicio irreparable, *L. 5. §. 2. c. eod. L. 6 §. 9. de injust. rup. irit.* 4) Tambien pueden examinarse testigos inhábiles. *L. 7. §. 1. c. ad. L. Jul. majest.*; tanto que antiguamente podian ser atormentados los siervos en la causa del señor; lo que no se hacia en ninguno de los otros delitos. 5) Se castiga el mero consejo, y aun el silencio; á saber, si uno tuvo noticia de una conjuracion y no la delata al ma-

jistrado; lo cual se halla claramente en la L. 5. pr. §. 6. 7. c. eod. Y sin embargo de esto, habiéndolo sentado así el príncipe de los glosadores, Bártulo escribió Baldo neciamente, L. 1. const. c. 34., que su alma debía ser atormentada en los infiernos. Qué absurdo! Pues quién dudará que el que en tiempo del rey Jacobo I de Inglaterra supo que algunos soldados querían incendiar con pólvora la casa del parlamento, juntamente con el rey y los magnates de la nación, y artificiosamente guardó silencio, delinquiró igualmente contra la sociedad, que si tuviese parte en esta empresa? Se dirá que se resiente esto mucho de injusticia. Pero como dice Tácito, todo castigo ejemplar que se fulmina contra alguno por utilidad pública, tiene algo de injusto, *Annat. L. XIV. c. 44.* El crimen de *lesa majestad* propiamente dicho, se castiga con pasar por las armas, palos, relegacion, según lo exigen las circunstancias del hecho cometido, §. 3. *Inst. h. t.*, sin que sea digna de un buen príncipe aquella sentencia de la L. un. c. *si quis imperat. maled.* Si verbalmente se hiciese alguna ofensa contra el príncipe por lijereza, debe despreciarse: si por locura, es muy digno de comiseracion; si últimamente por injuria, debe perdonarse.

§. MCCCXLVI. — MCCCLV.

2) La otra es la *Ley Julia de los adulterios*, que sin embargo de tener el nombre particular de adulterio, castiga no obstante otros delitos carnales, como la *venus monstruosa y nefanda*,

el incesto, el estupro y alcahuetería. a) *Adulterio* en el dia es *la violacion de la fe conyugal*. Pero los romanos formaban distinta idea de este crimen. Era pues adulterio la corrupcion de la mujer casada ó desposada con otro. Por tanto, era adúltera la mujer casada que tuviese trato ilícito, ya con otro casado, ya celibato; y todos los que la desfloraban y comerciaban con ella eran adúlteros, bien fuesen célibes ó maridos ajenos. Mas si el marido trataba con soltera ó viuda, ni él ni ella eran adúlteros, porque no se habia violado mujer casada ó desposada con otro, L. 6. §. 1. *ff. ad L. jul. de adult.* La pena de este delito por la Ley Julia, dice Justiniano, que era la de muerte, §. 4. *Inst. h. t.*, y le defendieron fuertemente los antiguos, aun Marco Liqlama, *in membranis passim*. Sin embargo es esto falso. Pues consta claramente por Paulo, *recept. sent. lib. II. tit. 26. §. 14.*, que Augusto, autor de esta ley, no quiso castigar con mas severidad á los adúlteros y adúlteras, que con la relegacion á una isla, y la confiscacion de la mitad de los bienes de ambos, y mitad de la dote de la mujer. El primero que estableció la pena de muerte fue Constantino M., L. 31. §. 1. *c. ad jul. de adult.* Y ha de tenerse presente que la Ley Julia concede tambien algo á los celos y venganza privada; pero solamente al padre y marido de la adúltera; sin embargo hay entre estos diferencia, pues (a) el padre puede matar al adúltero y la hija cogidos en adulterio; el marido solamente al adúltero, no á la mujer adúltera. (b) Respecto de aquel es igual que encuentre á los adúlteros en

su casa, ó en la del yerno. Respecto de este se requiere que los sorprenda en su casa, ó que para matar en otra parte al adúltero, le amenace á éste por tres veces, *L. 20. y sig. ff. ad L. jul. de ad Nov. CXVII. 15.* (c) El marido solo puede matar al adúltero de vil condicion; el padre á cualquiera, *L. 24. pr. ff. eod.* d) El mismo nombre escusa la definicion de la *venus monstruosa y nefanda*. Pues nefanda quiere decir que no se puede hablar de ella honestamente. La pena á veces es la de quemar al reo vivo, otras la de muerte (*gladii*). Los criminalistas examinan los diversos casos. c) *Incesto* es el comercio de dos personas que no pueden juntarse por su consanguinidad, §. 158 y sig. Si pues uno tuvo trato carnal con su descendiente ó ascendiente; por ejemplo, el padre con la hija, el hijo con la madre, ó el abuelo con la nieta, este incesto se llama de *derecho de jentes*; si con otras personas consanguíneas ó afines, de *derecho civil*. Las leyes romanas castigaban con la deportacion el incesto de derecho de jentes, y el de derecho civil arbitrariamente, *L. 5. ff. de quaest. Nov. XII. c. 1.* Mas en el dia siempre se impone pena de muerte (*gladii*) en el primer caso, Carpz. *Prax. crim. P. §. Qu. 74.* d) *Estupro* es la violacion hecha sin fuerza de la virgen ó viuda que vive honestamente, *L. 6. §. 1. L. 34. pr. §. 1. ff. ad leg. jul. de adult.* Pues con la ramera y prostituta no se comete estupro, sino deshonestidad (*scortatio*). La pena del estupro en las personas ilustres era la confiscacion de la mitad de los bienes, y en las humildes pena corporal y

relegacion, §. 4. *Inst. h. t.* En el dia se espia comunmente con pena pecuniaria, en muchas partes bastante pequeña. Y ademas tiene la estuprada accion para su dote, los alimentos de la criatura; y aun muchas veces se observa la regla *aut ducat aut dotet* (ó se case ó dote), *Deut. XII. 29.*, especialmente si cometió el estupro con la esperanza de matrimonio. e) *Alcahuetería* es un crimen por el cual prostituye uno á otros las mujeres con el fin de lucrar, *L. 29. pr. ff. ad L. Jul. de adult.* Si uno prostituye la hija ó mujer tiene pena capital, si á otras mujeres, arbitraria, *Nov. XIV.*

§. MCCCLVI. — MCCCLVIII.

3. Sigue la *L. Cornelia de los asesinos y envenenadores, y hechiceros*, dada por L. Cornelio Sula, dictador. (a) Llámanse aqui asesinos todos los homicidas, y el homicidio es de tres maneras; *doloso*, que se hace con ánimo de matar, y por tanto con dolo malo; *culpable*, que se hace por culpa y negligencia; por ejemplo, si el médico cortase un pie atacado de gangrena y despues descuidase al enfermo y le abandonase; *casual*, el que se verifica casualmente; por ejemplo, si rompiéndose mi escopeta por acaso matase á uno; al cual referimos el que se hace en la justa defensa, del cual se ha hablado en el §. 1082. El doloso se castiga con pena capital, *Gen. 9. 5. 6.* Y si niega el reo que lo hizo con ánimo de matar? Esto se infiere por el tiro ó jénero de arma de que usó. *L. 1. §. 3.*

ff. ad L. Corn. de sic. Pues á la verdad, si uno hiere á otro con una escopeta, y sin embargo niega que no tenia ánimo de matar, no seria oido. El homicidio culpable se castiga arbitrariamente segun la culpa, como con baquetas, relegacion, multa, etc. El casual manifiestamente está fuera de pena, porque ninguno es responsable del acaso. De paso ha de notarse que si uno corrompe á otro con dinero para que mate á alguno, se llama *assassinator*, y aquel que recibió el dinero y cometió la muerte *asesino* (*assassinus*). Aquel suele castigarse con pena de muerte (*gladii*), este con quebrantarle las piernas (*crurifragii*). (b) La voz *beneficium* se toma en dos sentidos. A veces significa el crimen de aquellos que hicieron, vendieron, ó dieron venenos con el fin de matar á algun hombre, L. 1. L. 3. *pr.* §. 2. *ff. eod.* A veces denota el delito de aquellos que matan á los hombres con sortilejos y encantos, §. 5. *Inst. h. t.* La pena de ambos delitos por derecho romano es capital, *d.* 5. §. *Inst. h. t.* Pero en el dia á los que dan á beber venenos, si son varones se les quebrantan los huesos (*crurifragio*), si son hembras, se les mete en un cuero y se les echa al agua (*puniuntur culleo*); los que tienen pactos con el demonio, sortilegos (con tal que el rumor sea cierto), son quemados vivos; á los que matan á los hombres con encantos se les corta la cabeza (*feriuntur gladio*). Mas es larga esta historia: los jueces admitieron sobre este punto en diversas partes muchos delirios de viejas, que en el dia se adoptan con mas circunspeccion en la mayor parte de los paises. Sobre esta asunto

gozan de reputacion los escritos del célebre Tomasi, *de crimine magiae* (del crimen de májia).

§. MCCCLIX. — MCCCLXI.

4. Sigue la Ley Pompeya de los parricidas. Y aunque en otros casos *parricidio*, signifique la muerte de los padres, sin embargo aquí se toma mas latamente el vocablo, por todo homicidio cometido entre parientes consanguíneos y afines. Y á la verdad en la L. 1. *pr. ff. ad L. Pomp. de parr.*, se cuentan a) entre los ascendientes cognados al *padre, madre, abuelo, abuela*; b) entre los colaterales el *hermano, hermana, primo hermano por parte de padre, de madre, tio paterno, materno, tia paterna, materna, prima por padre, por madre*; c) entre los afines al *yerno, suegro, padrastro, hijastro, hijastra*; d) se añaden *el marido y la mujer*, y e) *el patrono y patrona*. Alguno podria estrañar que no se hace aquí mencion de los hijos, no obstante de verificarse en el hijo. Pero en el tiempo en que se dió la Ley Pompeya todavía tenian los padres sobre los hijos el derecho de vida y muerte, §. 138. 1., y por tanto no era parricida el padre que mataba al hijo ó hija. La pena del parricida es gravísima, y está recibida en el dia con corta diferencia. Pues a) el parricida es indigno del uso de todos los elementos; se mete en un saco de cuero, y para que entre aquellas angustias mortales no goce del aire, ni del fuego, ni del agua, ni de la tierra, se arroja al mar ó rio. b) Antes del suplicio se le dan sangrientas baquetas; esto es, hasta que

arroje sangre, lo cual no obstante cesa en el dia. c) En este saco de cuero se meten juntamente *un perro, un gallo, una víbora y un mono*, porque tambien estos animales suelen cometer parricidios. Si no está próximo el mar ó rio, mandan las leyes que se quemase vivo al reo, ó se entregue á las fieras, L. 9. *pr. ff. ad L. Pomp. de parr.* Pero en el dia se sustituye el hierro á la sofocacion en el agua.

§. MCCCLXII. MCCCLXIII.

5. La *Ley Cornelia de los falsarios* castiga varios crímenes, que todos consisten en la falsificacion ú ocultacion de la verdad. Tales son *el testamentario falso*, si uno escribiese un falso testamento, ú otro instrumento, le adulterase ó supusiese. *El monedero falso*, si uno acuñase ó estendiese moneda falsa. *El testigo falso*, si alguno diese falso testamento. *La suposicion del parto, la falsa medida y peso, el nombre falso tomado con el fin de engañar á otro*. La pena del siervo que ha cometido este delito era el último suplicio, y si el hombre era libre, la deportacion ó confiscacion de bienes, L. 1. §. *ult. L. 27. fin. L. 32. ff. ad Ley Corn. de fals.* En el dia es comunmente arbitraria la pena, segun la variedad de circunstancias. Solo dos falsedades se castigan con el suplicio capital; (1) si uno ha dado testimonio falso en causa en que se habria de condenar á otro á muerte: (2) de moneda falsa, cuya pena es quemar en las llamas á aquel que acuñó ó esparció moneda,

falsa, por razon de la materia ó metal. L. 2. C. de fals. monet.

§. MCCCLXIV. MCCCLXV.

6. La sexta ley es la *Julia de la fuerza pública y privada*, aunque estas mas bien son dos leyes. (1) Llámase *fuerza pública* la fuerza atroz, especialmente armada, por la cual se altera la seguridad pública, L. 10. pr. §. ult. ff. ad L. Jul. de vi publ., al cual se refiere tambien el rapto de las doncellas. (2) *Privada*; al contrario, es la fuerza menos atroz y cometida sin armas contra los particulares. Aquella se castigaba con la deportacion, §. 8. *Inst. h. t.*, el rapto de las doncellas se castiga por las leyes humanas con pena capital, L. 11. L. 5. §. 2. ff. ad L. Jul. de vi pul., la fuerza privada se castiga con la infamia y confiscacion de la tercera parte de los bienes. El que altera en el dia la pública tranquilidad es condenado á pena capital; en los demas casos es comunmente arbitraria.

§. MCCCLXVI. MCCCLXVII.

7. La *Ley Julia del peculado y sacrilejos* castiga dos crímenes. *Peculado* es el robo del dinero público, cometido por el que le administra. *Sacrilejio* es el robo de la cosa sagrada en lugar sagrado, §. 9. *Inst. h. t.* La pena del primer delito era la deportacion ó el cuádruplo, L. 6. §. ult. L. pen. ff. ad L. Jul. de pecul. El sacrilejio se reprime unas veces fuera de órden, otras con pena capital, L. 9. pr. eod. Y por eso era

necesaria aquella ley, porque entre los romanos se castigaba el hurto mas blandamente. Mas en el dia, en que es mas atroz la pena de hurto, á saber, la de horca, se castigan los reos de peculado y sacrílegos como los demas ladrones, al menos entre los protestantes. Pues entre los católicos el que roba el copon en que guardan las hostias, es quemado vivo; cuya razon no es obscura.

§. MCCCLXVIII.

8. La *Ley Fabia de los que por fuerza reducen á esclavitud á los hombres libres (de plagiariis)* es de incierta edad y oríjen. Llámanse plajiaris (*plagiarii*) los que roban los hombres libres ó siervos. En el dia se llaman vulgarmente plajiaris los que publican libros de otros, y se adornan de ajenas plumas. Pero este delito no se castiga con ningun suplicio, sino con la mofa, como el delito de la corneja de Esopo. Asi que, los plajiaris propiamente dichos, segun la intencion que tuvieron, y la gravedad del hecho, son castigados unas veces con pena arbitraria, y otras con pena capital. Por ejemplo; si un judío roba un niño cristiano para circuncidarle.

§. MCCCLXIX.

De los cuatro crímenes restantes no corresponde hablar nada. No es tanta la severidad de nuestros tiempos, que se castiguen tanto. Basta saber las definiciones. *Crimen de soborno (repetundarum)* es el que cometen los que reciben di-

nero en su oficio injustamente; por ejemplo, los jueces que se dejan corromper con el oro. Son reos del crimen *ambitus* los que compran con dinero las magistraturas y cargos públicos. El crimen *annonae* (*de viveres*) es cuando uno encarece los viveres en tiempo de carestía. Cometen crimen *residui* los administradores de los fondos públicos que dan mal las cuentas y roban el dinero administrado. Pero las costumbres de este siglo se hallan en el verso siguiente:

Parcatur corvis, vexet censura columbas.

NOTAS

DEL TOMO TERCERO.

NOTAS

DEL TOMO TERCERO



NOTAS.

Páj. 3 y sig. 5. CMXVI. Como Heinecio pasa por alto hablar de los pactos que pueden entrar en la celebracion de la venta y compra, los indicaremos nosotros por via de apéndice á este tratado. No solo se puede celebrar puramente, sino bajo condicion; esto es, dando el uno al otro de los contrayentes ciertas calidades que podemos llamar pactos añadidos. Los mas solemnes que se pueden poner y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de retrovendo, comisorio y de señalamiento de dia (*adictionis in diem*), *Ley 38. 40 y 42. tit 5. Part. 5.*; por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto dia, mes y año ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe, sin demora alguna, volviéndosele el precio, y que por ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enajenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo: ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato, *Ley 42. tit. 5. Part. 5.*, y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla, en su fuerza y vigor. Por el pacto comisorio se obliga al comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transfe-

rido el dominio de la alhaja , ni sus acreedores adquieren derecho á ella , y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal ; bien que puede elejir uno de los dos medios , que son , ó pedir todo el precio , y que entonces subsista el contrato , ó no querer que este valga , y retener la arra , pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion ; dicha ley.

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio , debe entregarlos al vendedor , devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió , y no de otra suerte ; y si los quiere le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos ; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó , está obligado á reintegrar al vendedor su decremento : la misma ley citada.

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

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes : primera , que el segundo comprador sea verdadero y no simulado ; segunda , que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja , y le reconvenga si la quiere por el tanto , pues tiene derecho para ser preferido ; tercera , que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja conservada en la misma forma que la vendió , sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de

estas circunstancias que falte , no se rescindirá el contrato : dicha *L. 40.*

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

En España se conocen cuatro jéneros de tanteo ó retracto. El primero es convencional , y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término ó cuando quiera , restituyéndole el precio recibido; y este es el pacto de retrovendendo , de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo ; pues lo debe hacer con licencia del rey é informarle del comprador y precio que por él da , para que si quiere lo retraiga por el tanto , *L. 1. tit. 18. Part. 2.* El tercero se llama de comunión ó sociedad , y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de alguna cosa raiz , *L. 55, tit. 5. Part. 5.* El cuarto , finalmente , es el de consanguinidad ó jentilicio , del que trataremos primeramente , y es el que compete á los hijos , nietos y parientes lejitimos por su órden , dentro del cuarto grado civil , recto y transversal del dueño de los bienes que se venden , sin distincion del sexo ni edad , pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores , y por los ausentes sus apoderados con poder especial , *Leyes 17. tit. 10. lib. 4. del Fuero Real , 6 y 7. lib. 5. del Ordenamiento , y 230. del Estilo.*

La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer , se toma de la afición que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores , ya sea por utilidad que experimentan en conservarlos en sí , ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues el derecho esta facultad no solo á los hijos lejitimos , sino tambien á los naturales , por

militar en ellos igual razon , pero no á los espúrios, por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos explicado , queriendo el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble , patrimonial ó abolenga , venderla por dinero de contado á estraño , y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive , contado por derecho civil , quiere poseerla por el tanto , es preferido al estraño . Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese , todavía puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta , pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador estraño ofrecia , y de que jure que quiere para sí la finca , y que no hace el retracto con dolo ni con fraude . Y si entonces no existe en el pueblo , puede tantearla otro pariente por la misma línea . Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca , dispone el derecho que la partan entre sí ; y siendo de diversos , que la lleve el mas cercano , *L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuego Real*. Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad , es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca , siempre que justifique serlo , retraerla por el tanto si el consocio quiere vender su parte á estraño , sino tambien despues de vendida esta , acudiendo dentro de los nueve dias concedidos al pariente , y no despues , con tal que pague el precio ofrecido por el comprador , y que no haya fraude ni dolo , *L. 55. tit. 5. Part. 5.*; mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso* , pues si está dividida real y demostrativamente , y cada uno posee su parte separada , ninguno puede intentar el retracto de la otra , pues en este caso ya no son socios , ni tienen comunion de ella .

Siendo muchos los socios puede cada uno retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño , y si todos la quieren , deben ser todos admitidos á su tanteo proporcionalmente , segun la parte que en ella corresponda , no con igualdad . Pero si uno de los socios ven-

de á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla, por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este derecho de retracto por comunion el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ajeno, por el que paga pension al de este, y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo, y percibir sus frutos, con abligacion de pagar al que se lo dió y á sus sucesores cierto rédito ó pension anual. Ahora, pues, si el señor del dominio directo, ó de la arca ó suelo, lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ningua pension anual le paguen, pues si la pagan, deben evitar que la finca caiga en comiso, requerirlo si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues, el preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido, tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, pero sí el derecho del laudemio.

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

Páj. 5. §. CMXIX. Segun las *leyes 82. tit. 4. lib. 3 y 4. y 5. tit. 5. lib. de la Novisima*, los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales, y los del Real consejo, y otras personas poderosas, no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas reales ni concejiles de las ciudades en que ejercen su oficio, *L. 3. tit. 8. Part. 5.*

Páj. 7. §. CMXXII. Para que el importe del alquiler

ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa, *L. 4. tit. 8. Part. 5.* Y por lo que hace á los jornales de los obreros, está dispuesto que se tasen en los concejos, y que se les paguen cada dia si ellos los pidieren.

Páj. 9. §. CMXXIV. No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado, *L. 5. tit. 8. Part. 5.* Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeido de la casa alquilada, si no es en cuatro casos. 1.º Cuando al locador se le cae la casa en que more y no tiene otra, y está enemistado en aquella vecindad, ó si casase alguno de sus hijos, ó lo hiciere caballero en Madrid, debe dar fianza, segun un auto acordado del Consejo de que la quiere para sí, y que la ha de habitar por cuatro años. 3.º Cuando el alquilador usare mal de la cosa. Este nunca está obligado al caso fortuito; por ejemplo, si las heredades se destruyeren por lluvias, avenidas, etc., y no coje nada, á nada está obligado; pero si recoge algunos frutos queda en la alternativa de pagar la pension, ó de dar lo que cojió deducidos los gastos, lo mismo que sucede cuando en los dos años que lleva arrendado el fundo, en uno produjo tantos frutos que equivalen á los dos, en cuyo caso debe pagar el arrendamiento.

Páj. 11. §. CMXXXIX. Como casi toda la doctrina de Heinecio hay que variarla al tratar de nuestros censos ó juros, que son los contratos de enfiteúsis, daremos aqui un tratado por via de apéndice. Aunque esta palabra censo tiene diversos significados, aqui se toma por un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito. El censo asi definido se divide en enfiteútico, consignativo y reservativo.

Censo enfiteútico es un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpétuamente, ó por largo tiempo, el dominio útil de alguna cosa raiz

por cierta pension anual que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que siempre queda al que concede el enfiteúsis, *L. 28. tit. 8. Part. 5.* Decimos que es un contrato consensual, porque por solo el consentimiento está perfecto, y así aunque se requiere escritura, es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal. Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteúta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente, se añade en la definicion que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil, en cuyas palabras se puede notar la diferencia que hay entre la locacion, conduccion y el enfiteúsis. El conductor paga alquiler, y el enfiteúta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa, la pension por lo regular es bien corta. En Madrid cada solar que tiene 50 pies de frente y 100 de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de 5000 cuadrados, se da á censo enfiteútico por dos ducados. Hemos visto qué cosa es enfiteúsis, veamos ahora cuales son sus derechos. Estos son, parte en la facultad de disponer de la cosa y enajenarla, parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea pues el 1.º que el enfiteúta percibe todos los frutos hasta los extraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º El enfiteúta puede enajenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo, *L. 29. tit. 8. Part. 5.*

Más esta noticia no se le da porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarle primero que otro, y si no declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteúta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el mismo enfiteúta; pero en este caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio porque se vende la cosa, ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorga-

miento del enfiteúsis. 3.º Asi como el enfiteúta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, asi debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos. 4.º Finalmente, siendo uno de los efectos el dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquier poseedor, se sigue que el enfiteúta tiene el mismo derecho, y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfiteúsis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfiteúta consisten lo primero en pagar el cánon ó pension anual en el tiempo y modo pactado, *L. 28. tit. 8. Part. 5.* De otra suerte perderá su derecho; con esta diferencia, que si el señor del enfiteúsis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension; pero si el enfiteúta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarle la albaja con pretesto de comiso en este caso. 2.º Debe el enfiteúta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego ó por otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que se ha dicho tratando de la locacion y conduccion. La razon de la diferencia consiste en que el alquiler en la locacion se paga por el uso de una cosa ajena, el cual cesando debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension se paga por el enfiteúta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer perciba fruto ó no; luego en todo caso debe pension: de aqui mismo se infiere que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar; pues de una cosa que no existe no hay señor ni tampoco dominio que reconocer; pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfiteúsis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1.º es la pérdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.º es la

consolidacion; y asi, sea que el señor directo adquiriera el dominio útil, sea que el señor de este adquiriera el directo, se acaba por consolidarse y unirse en una sola persona ambos dominios. El 3.º por prescripcion; de suerte que si el enfiteuta no paga la pension ó cánon por tiempo de diez años, estando presente el señor, y no reconviniéndolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4.º es la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo preferido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun dejamos dicho. El 5.º es por enajenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta, *L. 28. tit. 8. Part. 5.*

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

El censo reservativo se verifica cuando uno da á otro una cosa raiz, transfiriendo en el todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pension anual en frutos á en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario. Entre este censo y el enfiteutico hay varias diferencias. La 1.ª que por esta se transfiere ambos dominios directo y útil, y por el enfiteusis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el señor del predio. La 2.ª es que en el enfiteusis, si en dos ó tres años no paga la pension al enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede asi aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años, caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho. 3.ª Diferencia entre el enfiteusis y el censo reservativo, es que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al se-

ñor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta; todo lo cual falta al censo reservativo.

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

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

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa fructífera raiz, reservándose una pension anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien fundarse ó perpétuo ó redimible, de suerte que si se duda de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpétuo que redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ó de otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpétuo que redimible, asi porque este censo de su naturaleza es perpétuo, como porque el antiguo señor de la cosa, reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla; el cual, como sucede en lugar del dominio que tenia antes, debe ser perpétuo como lo era el mismo dominio.

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

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

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos, como permutacion, donacion, ó en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad, y según varie el título, variará mas ó menos su naturaleza. Por ahora trataremos de él, como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raíces de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual, ú otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes, como antes lo era. Se dice que el derecho lo compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta. En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension; y

asi, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra; pues no es la pension lo comprado, sino el derecho de percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite. Pero está espresamente prohibida la paga en frutos por la *L. 4. tit. 15. lib. X. de la Novis. Recop.* Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo, cuya pension se debe pagar cada año, ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpétuo y temporal. Estas dos especies se subdividen, el perpétuo en irredimible, que es absolutamente perpétuo, por el cual se le da este nombre; y en redimible, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpétuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que durá cierto número de años, v. gr., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra por un número determinado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo en personal y real; personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarle, sin que se funde ni se deba cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en sola persona, sino en cosa; y aunque algunos opinan que en el dia de hoy están aprobados los tales censos personales por una Real cédula de 10 de Junio de 1764, espedita á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la Real cédula solo es aprobar los contratos por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo, en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. Para mayor cla-

ridad insertaremos aqui lo dispositivo de dicha cédula de 10 de Julio de 1764, que dice asi: »Por los diputados de los cinco gremios mayores de Madrid se representó á S. M., que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion, destinada para el jiro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos y otros, que destituidos de toda industria, lograban por este medio valerse de los gremios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres ó dos y medio por ciento, que en esta pension y buena fe habian estado muchos años, asi los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido, tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos, y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad, es claro que son legitimos y obligatorios, y como tales juzgados en sus tribunales.» Estos contratos no son de censo, sino de una cierta compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando el mercader para sí lo restante; por lo que es evidente la justicia de semejante division.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas. La 1.^a la suerte ó el precio por el cual se compra, al que llaman capital. 2.^a La pension ó rédito que se paga. 3.^a La cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa San Pio V mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque esto no se recibió en España, segun una *ley de la Novisima Recop.*, con todo es mas conforme á nuestras leyes que debe con-

sistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frequentísimos en esta especie de contratos. Se requiere tambien el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega, y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado segun los tiempos y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por cierto, siempre que el censo sea redimible, pues en el perpétuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en el mayor el precio; es decir, debe ser menor la pension, y señalarse atendiendo á los tiempos y provincias en que se funde. Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley muchos censos con el nombre de perpétuos é irredimibles, en los cuales la pension no consistia en dinero, sino en trigo, vino y otros frutos, se mandó por otra ley que estos se reputaran redimibles ó al quitar, y por lo mismo parece deberse entender de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

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

Hay varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aqui para mayor intelijencia. El 1.º es que el censo se constituya sobre cosa mueble ó semoviente, y asi debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices, los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censalista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro

acreedor. El 2.^o pacto reprobado es que el censatario debe pagar los réditos anticipados, el cual se prohíbe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospechas de usura, y así cumple el censatario con satisfacerlos luego que estén devengados. El 3.^o es que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca, deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y así, si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual porcion la renta y extinguirse su capital; y si en parte es infructífera en disminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona, pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga sobre la cosa.

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

Falta ahora tratar de los modos como se extinguen los censos: 1.^o por destruccion de la cosa; al cual es semejante el 2.^o, que es por volverse la cosa del todo y perpétuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciese, ó se hiciera infructuosa por dolo ó culpa del censatario; aunque siempre se extingue el censo por defensa de la cosa, con todo

puede el señor del censo repetir el precio, y los daños y perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor. Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo; la razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa, porque como el censo sea una carga á la cosa á manera de servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librárá luego que suelte la posesion de ella. El 4.^o modo de acabarse el censo es por prescripcion de 30 años, esto es, cuando el poseedor de una cosa, sujeta á censo, la tiene todo este tiempo con buena fe, como libre de toda carga; lo que es conforme á las leyes recopiladas, que piden todo este tiempo para prescribir ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se sigue á mas de esto la buena fe, porque esta en el dia parece necesaria en la prescripcion de 30 años. Esta prescripcion, que estingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga; esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió, porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion se entiendan tambien estinguidas todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó, ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es cuestion de grande dificultad; puede decirse á ella que por la misma prescripcion, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon es porque el censo es lo principal, ó la raiz y orijen de toda obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal falte lo accesorio.

Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion; esto es, cuando el acreedor vuelve, ó paga la suerte capital, ó precio que recibió al tiempo de la

fundacion, el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva por el modo que se contrajo. Es libre pues el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió el acreedor, y de este modo extinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores, y la razon que tienen es porque las extravagantes de Martino V. y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la rendicion por partes. Mas porque por el nombre de partes de que usan dichas extravagantes, se significa la mitad, y la facultad de redimir por partes, es contraria á la doctrina recibida en materia de pagas, en donde se sienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor; es muy probable como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la rendicion del censo por partes, sino que ni aun valdria el pacto de lo contrario, sino es que este gravamen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es porque semejante pacto, como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes; cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para reprobar todos aquellos pactos que por ser demasiado molestos y gravosos, producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia, para que no se haga algun contrato ilícito ó usurario.

Páj. 25. §. CMXLV. A pesar de estar prohibida la sociedad leonina, no obstante, si alguno ó algunos de los socios fuesen mas hábiles, ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion del negocio en que comercian, ó tuvieran mayor trabajo, ó se espusieran á mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les

toque mas parte en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido, *L. 4. tit. 18. Part. 5.*

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

Dicha compañía, establecida por las leyes de la Novísima Recop., hace que se comuniquen por mitad los bienes que adquieren ambos cónyuges durante el matrimonio, *L. 4 y 5. tit. 9. lib. 5 y 1. 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real*; diferenciase de las demas sociedades por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cónyuges antes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se exceptuan algunos. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que hubieron y poseyeron marido y mujer durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. A mas de esto todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donacion que el rey les haya hecho á ambos; pero no si fue hecho á uno solo. Tiene lugar esta particion de bienes y ganancias, aun cuando el marido tenga mas bienes de patrimonio que la mujer, ó esta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieron los frutos en aquel cuya fuere ó sus herederos. Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó mujer al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales, que son los que el tiempo les hubiere dado, son comunicables entre marido y mujer, como bienes gananciales. Pero hay algunos casos en que no se comunican á los casados todos

ó algunos de los bienes que adquirén durante el matrimonio. El primero es por divorcio, pues en este caso el que hubiese dado motivo á él, nada participará de las ganancias, Gomez en la *L. 50. de Toro. n. 72.* El segundo cuando cometen delito de lesa majestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la relijion católica; pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputarán por gananciales todos los aumentos, hasta que por el crimen se declaren por perdidos, aunque este sea de tal calidad, que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete, *L. 6. tit. 26. Part. 7.* Mas si la mujer cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras; al fin, *tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. 23. tit. 11. Part. 4. 5. tit. 17. 6. tit. 25. Part. 7.* Lo mismo se deberá decir en el caso que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de alguno sospechoso, porque entonces se presume adúltera, *L. ult. tit. 2. lib. 3 del Fuero Real.* El tercer caso cuando alguno de los cónyuges adquiere algunos bienes por donación que separadamente la haya hecho el rey ú otro alguno, ó por sucesion, testamento ó abintestato de sus parientes. El cuarto cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquieren ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos de cualquier calidad que sean se comunican entre los casados. El quinto cuando el marido enajena constante el matrimonio algunos de los gananciales, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su mujer, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio hasta la muerte de su marido, *L. 5. tit. 9. lib. 5. Novisima.* Mas si por la enajenacion se prueba que la hace con dolo por dañificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El sexto cuando la mujer vive deshonestamente estando viuda; pues por esto pierde los gananciales, debe

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

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

Páj. 31. §. CMLIX. El poder que se da al procurador ha de ser ámplio y jeneral, con calidad de sustitucion, aunque para varias cosas se requiere poder especial, segun se manifestará en el tratado de juicios. En los tri-

bunales es necesario bastantearlo por el letrado que suscribe los recursos, y ademas el sello de haberlo verificado.

Páj. 39. §. CMLXI. Aunque el mandante puede revocar el poder sin causa alguna antes de comenzarse, y aun despues de comenzado el negocio, no obstante, en el caso de que la parte contraria, ó el mandatario lo contradiga reputándose infamado por la revocacion, no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que señala la *L. 24. tit. 5. Part. 3.* Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria en la práctica, se hace la revocacion, diciendo: »que se revoca el poder dado á fulano, dejándolo en su buena opinion y fama,» con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas.

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

Páj. 44. §. CMLXXI. El agente de negocios aunque esté obligado á dar cuentas, no lo está á pagar un interes del dinero que se le remitió á su poder para las ajencias, á no ser que reconvenido lo entregase; y aun tomadas y finiquitadas las cuentas lo rehusase mas tiempo, en cuyo caso pagará el interes regular que se acostumbra á estilo de comercio, y no el doce por ciento que prescribe el derecho romano.

Páj. 64. §. MX. La novacion necesaria se llama tambien acumulativa, porque no estingue la obligacion primera, antes bien la robustece y fortifica mas y mas;

v. gr., debo diez pesos en virtud de mútuo, se presenta el acreedor contra mí para que se los pague, se me manda contestar el pleito, contestándole se hace novacion, y debiendo antes solamente por mútuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la litiscontestacion; y así cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconviene por el actor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada. Véase á Febrero, *del juicio execut. lib. 3. cap. 2. §. 40. n. 220 ó 222.*

Para que se entienda hacer novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y así porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto no se hace novacion propiamente por la intervencion de nueva persona en el contrato, á menos que se pacte espresamente. Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunemente la dividen en una, que llaman con delegacion, y otra sin ella. Esta se hace cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La otra es cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede hacer de tres modos: primero, mudando la especie de obligacion; v. gr., debia antes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo. Segundo, añadiendo ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. gr., antes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con ellas. Tercero, si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal, y esta es la que se llama espromision. Remitimos al lugar citado al que quiera ver tratada esta doctrina con la claridad y estension necesaria.

Por nuestras leyes tambien se disuelve la obligacion por el pacto de no pedir; *ley 1. tit. 14. Part 5.*; y se confirma lo mismo en la siguiente ley, en cuya glosa Gregorio Lopez juzga se contiene la aceptacion, y se ha-

llan en el mismo caso, y como esta tiene la eficacia de disolver la obligacion, tambien de consiguiente la tiene el pacto de no pedir.

Páj. 73. §. MXXXVIII. tit. 37. Part. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro consentido interiormente con deliberacion es pecado y grave; pero no es delito ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facultad que tenian para usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los partienlares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Sigue-se de aqui con evidencia que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones que directa ó indirectamente turban la tranquilidad pública ó la seguridad de los particulares. No sucede asi con el pecado. El hombre aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios como criatura con su criador. Pero como la gravedad y medida de este depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios, que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad que es su principal y verdadero fin, conseguirian destruirla. Lardizabal, *Discurso sobre las penas*, cap. 21, §. 1

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

La diferencia de los delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primeramente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder de oficio ó por denuncia ó acusacion, la que puede intentar cualquiera del pueblo, sino es que le esté espresamente prohibido. En este sentido, segun la *ley 28 y sig. tit. 1. Part. 7.*, todos los delitos son públicos á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino á pedimento del marido, *ley 3. tit. 7. lib. 4. Fuero Real*, y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado.

Hay delitos eclesiásticos, otros seculares, y otros mistos; aquellos cuyo conocimiento pertenece á los jueces eclesiásticos, como son los delitos comunes de los clérigos, la simonía; los segundos aquellos cuyo conocimiento pertenece á los tribunales civiles y mistos, que pertenece á unos y otros. Los clérigos gozan la inmunidad por concesiones de los príncipes, quienes en virtud del poder de que están investidos, pueden imponer penas, y se hallan en las leyes de la Partida contra los clérigos, falsificadores de moneda, sellos, &c. De los delitos comunes conocen los tribunales eclesiásticos, no asi de los privilegiados, por atroces, como son lesa ma-

jestad, parricidio, homicidio, incendio y otros sobre los que las dos potestades instruyen su expediente, y remiten al Consejo para fallarle: Real orden de 19 de Noviembre de 1797, y circular de 15 de Setiembre de 1815. Es de advertir que nunca se aplica la sentencia sin proceder la degradacion por respecto á su dignidad.

Páj. 81. §. MLX. De cuantas divisiones del hurto trae Heinecio, ninguna hay tan interesante como la de simple y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado, aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas. El simple se subdivide en grande y pequeño; es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ó tercera vez, en la ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se debe imponer, *ley 18. tit. 14. Part. 7.*

En el hurto, á mas de conceder el derecho accion para perseguir la cosa hurtada, ó exigir la estimacion de aquel que la hurtó, la que puede pedir el señor contra el que la robó ó sus herederos por la accion persecutoria de la cosa; pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (aunque estuviera en uso) contra el ladrón, y no contra los herederos, si no es que viviendo el ladrón se hubiese contestado la demanda, *ley 20. tit 14. Part. 7.* Ademas de esto debe el ladrón, si el hurto es manifiesto, pagar el cuadruplo, y en el oculto el duplo; en a pena se entiende contra los que dan ayuda ó consejo, *ley 4. del mismo tit.* Antonio Gomez, *var. resol. cap. 3. n. 4.*; pero estas penas pecuniarías ya no estan en uso, y sí las corporales siguientes: hurto simple calificado pena de vergüenza, seis años de galeras ó algun presidio, *ley 18. tit. 14. Part. 7.* Por el segundo cien azotes y diez años de presidio, Real pragmática de 19 de Marzo de 1771. Aunque posteriormente se ha declarado que las penas

de los hurtos simples sean arbitrarias, teniéndose presente la repetición ó reincidencia, la calidad de la persona á quien se hurtó y la del delincuente, Real orden de 18 de Abril de 1746. Por el tercer hurto se impone la pena de horca, como á ladrón famoso, *ley 18. tit. 14. Part. 7.*: siempre que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo. El hurto calificado se le impone la pena de muerte en los siguientes casos: cuando se conoce que roba el ladrón, en otras partes se impone también al corsario, al ladrón por fuerza y con armas, al que roba en iglesia y cosa religiosa, al que robe el tesoro del rey, á los cuatreros, aunque ya la pena de muerte se economizó mucho, y se impone con gran escrupulosidad; pero por el primer robo en la corte y su rastro está impuesta la pena de horca, según una ley promulgada por Felipe V., y aunque sea el hurto de una cantidad bien ténue. Esta ley fue dada en unas circunstancias terribles y extraordinarias.

Páj. 96. §. MXCII. Según las *Leyes 20 y 21. tit. 15. Part. 7.*, toda la doctrina de Heinecio está en observancia en nuestro reino; en cuanto los que causan algún daño están sujetos á la pena que en ellas se señala; pero la distinción de acciones en directa, útil y de hecho, que viene á serlo lo mismo, son desconocidas entre nosotros, pues no se da mas acción que la de demandar los daños en fondos.

§. MCIX. Por la *L. 26. tit. 15. Part. 7.*, las penas impuestas contra los que tienen suspensa alguna cosa se aplica para resarcir los daños y perjuicios, y además para penas de cámara.

§. MCXXVII. Las acciones mistas se distinguen de las penales y reales, según la *L. 6. tit. 15. lib. 4. de la Recopilación.*

§. MCLXXX. Están también adoptadas en España las acciones arbitrarias en la *L. 23. tit. 4. Part. 3.*, tomadas en un todo del derecho romano.

§. MCCLXXXI. Por derecho real de España las excepciones dilatorias se deben proponer y probar dentro de

nueve dias, contados desde el dia en que debia contestar á la demanda, á no ser que fueren tan notorias que no hubiese necesidad de prueba. Las perentorias dentro de veinte dias contables desde la contestacion de la demanda, y se puede prorogar este término siempre que el reo jure no las supo antes, y que no procede de malicia objetarlos ahora, *L. 1. tit. 5. lib. 4. Acev. en dicha ley, not. 3.*

En España el que posee un año y un dia con justo título y buena fe, sabiéndolo el mismo que pide la cosa, no se le puede inquietar en su posesion, *L. 3. tit. 15. L. 4. R.* La que aunque parezca habla de aquellos lugares en que esta costumbre está establecida por fuero municipal, no obstante, es jeneral para todas partes; tenemos un interdicto especial, que se llama de ínterin ó de posesion sumarísima, como le llaman nuestros AA. Semejante á los interdictos de retener, de los que casi nada se distingue, pues en él solo se atiende quien ejerce la posesion antes de la contestacion del pleito, y despues de recibirse una sumaria informacion sobre él, pronuncia el juez sentencia interlocutoria, sin que esta pueda perjudicar á los derechos de la propiedad y posesion verdadera, pues se concibe en estos términos: «entre tanto que este pleito se ve y determina definitivamente sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad.»

Despues de tratar de las sucesiones, era regular hablar algo de las sucesiones mayorazgales. Como no se conocieron entre los romanos, ningun autor trata de ellas; pero como en la presente traduccion se ha procurado hacer esta obra unas instituciones de derecho comparado, nos parece oportuno añadir aqui algun tratado acerca de esta institucion.

BREVE IDEA ACERCA DE LOS MAYORAZGOS, TOMADA DE LAS INSTITUCIONES DE ALVAREZ.

Mayorazgo (1) es una institución por la cual se prohíbe la enajenación de algunos bienes, y se establece el orden de personas que han de suceder en su posesión. El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentifación, y uno y otro son manifiestamente institución del derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por contrato entre vivos, siempre participará de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para después de la muerte del que hace la disposición. La prohibición de enajenar, aunque de la esencia de los mayorazgos, es también común á los demás bienes poseídos por manos muertas; así que, la diferencia específica de los bienes mayorazgados es el orden de personas que han de suceder en su posesión.

Si este orden es el mismo que el que la ley 2.^a tít. 15. Part. 2.^a fijaba para la sucesión de la corona de España, el mayorazgo se llama regular. Si se diferencia de él en algo, se llama irregular. Son varias las fórmulas por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular, y en

(1) Con esta palabra se designa también el cúmulo de bienes en que consiste el mayorazgo, y vulgarmente se da este nombre al poseedor del mismo mayorazgo; pero aquí solo debe considerarse esta voz como representando una entidad legal.

jeneral se puede decir que no constando expresa y manifiestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, será éste tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme á la designada en la Ley (1) de Partida, debe tenerse presente: 1.º la línea, porque la del último poseedor escluye á las demas: 2.º el grado, porque la línea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto: 3.º el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual línea y grado; y 4.º la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en línea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

En los irregulares se sucede por el orden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, asi como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el orden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tan solo de las que suelen hacerse con alguna frecuencia, y constituyen

(1) Ley citada del tit. 14. Part. 2.

las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de 1.º *mayorazgo de agnacion*: 2.º *de masculinidad*: 3.º *de femineidad*: 4.º *de segundojenitura*: 5.º *alternativos*: 6.º *saltuarios*: 7.º *electivos* (1).

Mayorazgo de agnacion es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones que descienden del fundador de varon en varon sin mediar hembra alguna.*

El de masculinidad es *aquel á cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon.* Acerca de este mayorazgo y del anterior debe tenerse presente la Prag-

(1) Quizá alguno eche de menos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion finjida y los incompatibles, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion finjida ha sido que diferenciándose los mayorazgos segun el orden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este orden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó no agnado no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber creado otras muchas especies de mayorazgos de cualidad finjida, haciendo una; por ejemplo, de los de terninidad, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de segundojenitura, en que el primer llamado fuese primojénito, y asi de los demas. La incompatibilidad es considerada únicamente como una condicion que suele ponerse en algunos mayorazgos, pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aun cuando por ella se altere alguna vez el orden de suceder, no se crea una constante y diferente de los demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

mática que el señor rey don Felipe III, dió á petición de las cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1) que las hembras fuesen admitidas á la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de alli en adelante (2), *si no fuese en caso* que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

Mayorazgo de femineidad es *aquel á cuya sucesion son llamadas las hembras, ó esclusivamente, ó con preferencia á los varones*. Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son: de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las hembras que proceden de hembra, y el segundo aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra, ya de varon.

Mayorazgo de segundojenitura es *aquel á cuya sucesion son llamados los hijos segundos por orden sucesivo*.

Alternativo es *aquel á cuya sucesion son llamados parientes de diversas líneas, de manera que á cada vacante que ocurra se varia de línea, alternando por su orden las llamadas*.

Saltuario es *aquel á cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad*.

(1) L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

(2) Esto es, desde el 15 de Abril de 1615.

Electivo es aquel en que los poseedores tienen facultad de elegir su sucesor entre sus hijos ó parientes. Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primojénito, ó al que segun el órden regular de suceder correspondiese.

Estos mayorazgos irregulares, asi como todos los demas, de cualquiera especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, excepto en la parte en que consista la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga acerca de la fundacion de los mayorazgos y de las propiedades de los bienes en que consistan, comprende tanto á los mayorazgos regulares como á los irregulares.

Antes de la Real cédula de 14 de Mayo de 1789 (1), todos los que podian testar podian fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera de la tercera parte de sus bienes si tenian ascendientes, y de la quinta si tenian descendientes, y haciéndolo en favor de alguno de estos podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes es para lo que únicamente se necesitaba licencia Real; pero por la citada cédula se mandó, para evitar los males que produce la muchedumbre de mayorazgos, que no se pueden fundar, aunque sea por via de agregacion ó de mejora, de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpétuamente la enajenacion de bienes raices sin que

(1) L. 12. tit. 17. de la Nov. Rec.

preceda la licencia del rey. Para que esta se conceda debe ser á consulta de la cámara, y hacerse constar que las rentas del mayorazgo que se intenta fundar llegan, cuando menos, á tres mil ducados; que la familia del fundador es digna de ser empleada con utilidad del estado, y que los bienes en que ha de consistir el mayorazgo no son raíces, ó al menos que la parte de bienes de esta especie que se quiere vincular es menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa y otros semejantes que entran á completar el mismo mayorazgo, y en los cuales deben consistir todos los que se funden. Además debe pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vincule. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos son nulas, y los bienes en que consistan deben pagar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes compete reclamar la nulidad.

Pero observando lo prevenido en la cédula citada, cualquiera que pueda disponer de sus bienes puede fundar mayorazgos, establecer el orden con que se ha de suceder, y las condiciones que han de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente suelen ponerse es la de que la posesion de un mayorazgo sea incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad puede ser de *ocho maneras*: 1.^a *expresa*, cuando el fundador la manifiesta con palabras terminantes en la fundacion: 2.^a *tácita*, cuando se infiere necesariamente de las cláusulas de ella; v. gr., cuando se mandase que los sucesores de un mayorazgo se firmen en primer lugar con el

apellido del fundador, es manifiesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no pueda obtener otro que exija la misma condicion: 3.^a *absoluta*, que impide la reunion con cualquier otro mayorazgo: 4.^a *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5.^a *en adquirir*, que priva del derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6.^a *en retener*, que prohíbe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles, pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7.^a *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8.^a *real ó lineal*, cuando comprende á toda la línea del poseedor. Todas estas especies de incompatibilidad se llaman de hombre, porque los particulares pueden á su antojo ponerles en las fundaciones. Otra hay con el nombre de incompatibilidad legal, y es la establecida por la ley del señor Don Carlos I, por la que mandó que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegue á producir de renta dos cuentos (1), escoja el primojénito el que quisiere, y el otro pase al segundojénito, y si no hubiese mas que uno, hágase esta division entre los hijos de este.

Los mayorazgos son por su naturaleza perpétuos, y lo serán aun cuando los fundadores no lo espresen asi en las fundaciones; pero si dispusieran manifiestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se harán libres lle-

(1) Dos cuentos ó millones de maravedises equivalen á cincuenta y ocho mil ochocientos veinte y tres reales y setenta y ocho maravedis vellon.

gado el caso previsto en la fundacion.

Son tambien indivisibles, y solo puede ocurrir un caso muy raro, como es el de que nazcan de un parto dos varones ó dos hembras sin que se pueda averiguar cual nació primero, en el que el mayorazgo se dividirá por mitad (1).

Los bienes de mayorazgo son inenajenables por la sencillísima razon de que á ninguno de sus poseedores corresponde su dominio. Sin embargo, ademas de estar sujetos como los bienes libres á la enajenacion en favor del público en los casos de conocida utilidad, se pueden tambien enajenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesita informacion de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibicion de enajenar se estiende naturalmente á la de gravar de cualquiera manera que sea los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que son llamados á suceder en su posesion, parecia que tampoco deberian recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo, por la ley 46 de Toro (2) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construidos en los bienes de esta clase, pasasen á los sucesores del mayorazgo sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras puedan reclamar su estimacion. Los intérpretes han querido estender la disposicion de la ley á todas las mejoras, de cualquier espe-

(1) L. 12. tit. 53. Part. 7.

(2) L. 6. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Recop.

cie que sean, hechas en los bienes amayorazgados; pero acaso esta opinion tan seguida hasta aqui, está mas apoyada en autoridad que en la razon y en la crítica legal.

Tampoco estan obligados los poseedores de los mayorazgos á pagar las deudas que hayan contraído sus antecesores, porque no suceden á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ó de linaje. Pero sí deben pagar las deudas contraídas por los fundadores antes de que fundasen el mayorazgo. No obstante, esta justa ventaja que llevan las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos en la sucesion de estos, es de mas provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que da la prelación, tanto en la línea recta como en la transversal.

Estas son propiamente las dos únicas líneas por las cuales puede correr la sucesion de los mayorazgos; pero los intérpretes dan este nombre á otras muchas que designan con los de paterna y efectiva materna, masculina, femenina, contentiva ó comprensiva, actual ó posesoria, de agnacion, de cualidad, de sustancia habitual, de primojenitura defectiva, electiva y postergada. No es de este lugar definir todas estas líneas que se hallan esplicados en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su intelijencia dificultad alguna á los lejislas (1). Otras cosas hay en este asunto harto

(1) Los que antes de estudiar esta materia no se ha-

mas árduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

Aquí solo pondremos un caso en que podría ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, despues de cuyo nacimiento se casó y tuvo otro lejítimo; muerta su mujer pasó á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedó este lejitimado por subsiguiente matrimonio. Los lejitimados de este modo son en todo iguales á los lejítimos, y siendo de mas edad el lejitimado, parece que debia ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la mas fundada y seguida, porque la lejitimacion no puede hacerse en perjuicio de los lejítimos, ni privar á estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

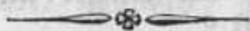
Los pleitos que ocurran acerca de la sucesion de los mayorazgos deben sustanciarse en las chancillerías y audiencias; pero hay un juicio llamado de tenuta que es privativo del consejo. Cuando no se hace oposicion al sucesor, la posesion le es transmitida desde la muerte del último poseedor por ministerio de la ley, conforme á la 45 de Toro, por lo que á esta posesion se ha dado el nombre de *civilísima*.

yan ocupado en formar árboles jenealójicos, deben dedicarse á hacerlo para comprenderla mejor.

CATALOGO

DE

LIBROS SOBRE DERECHO ROMANO (*).



* *Cartas sobre la profesion de abogado*; por MM. Camus y Dupin, en frances. Paris, 1818, 2 vol. en 8.^o

* *Manual del lejista ó coleccion de diversos opúsculos de Jurisprudencia*. Madrid, en la libreria de Sanz, 1829, un tomo en 8.^o

* *La república romana ó plan jeneral del antiguo gobierno de Roma*; por Beaufort, en frances. Paris, 1767, 6 vol. en 12.^o

* Gothofredi. *Manuale juris, seu parva juris mysteria, ubi quatuor sequentia continentur*: 1.^o *Juris civilis romani historia*: 2.^o *Bibliotheca*: 3.^o *Florilegium sententiarum*; *Series librorum et titulorum in Digestis et in Codice*. Parisiis, 1806, en 8.^o

* Joan. Vinc. Gravinae. *Origenes juris civilis, seu de ortu et progressu juris civilis*. Venetiis, 1758, en 4.^o

Espiritu de las leyes romanas, de Gravina, traducido al frances por Requier. Paris, 1766, 5 vol. en 12.^o

(*) Las obras mas útiles van señaladas con un asterisco*.

* **Jo. Gott. Heineccii.** *Antiquitatum Romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma.* Francof, 1771, 2. vol. en 8.º

* *Ejusdem* **Historia juris civilis romani ac germanici, cum observationibus J. Dan. Ritterii et Jo. Martini Silverradii notis.** Argentor. 1751, en 8.º

Jo. Fr. Eisenhart *Institutiones historiae juris litterariae.* Helmstad, 1752, en 12.º

Historia del derecho romano, por Claudio José de Ferriere. París, 1713, en 12.º

J. A. Bachii *historia jurisprudentiae, romanae, cum observat. nov. ed. Aug. C. Stockmann.* Lipsiae, 1806, en 8.º

Compendio histórico y cronológico del derecho romano, con notas é ilustraciones, traducido del ingles al frances por M. Boulard. París, 1795, en 12.º

* *Compendio histórico del derecho romano desde Rómulo hasta nuestros dias, por A. M. J. J. Dupin.* (Incluso en el *Manual del lejista* arriba indicado, y en la presente edicion de las *Recitaciones*).

* *Introduccion al estudio del derecho romano, ó sea compendio de su historia, estractado de los elementos del derecho romano de Makeldej, catedrático de leyes en la universidad de Bonn, traducido al franc's de la sexta edicion alemana; y ahora al español con algunas correcciones, y aumentado con un capitulo, en que se manifiesta el orijen, progresos é influencia que ha tenido el derecho romano en la jurispru-*

dencia patria: por **D. L. Collantes Bustamante**, un tomito en 8.º

* *Tratado de las antigüedades romanas de Alejandro Adam*, reducido á lo mas útil para la inteligencia de los autores clásicos latinos, y del derecho civil. Madrid, 1823, un vol. en 8.º

Joannis Laurentii Lydii, de magistratibus reipublicae romanae, libri III. Lugd. Bat. 1812, en 8.º

Paulli Ninutii Antiquitates romanae. Los tratados particulares de legibus, de senatu, de comitiis romanorum y de civitate romana, se hallan en el *Thesaur. antiquit. romanar.* Jo. Ge. Graevii, t. 1 = 2.

Car. Sigonii, de antiquo jure populi romani, libri XI. La mejor edicion de este preciso libro se halla en las obras del mismo. Mediolani, 1736, tomo V.

Amundi Rivallii, historiae juris civilis, libri V. Valentiae, 1515, en 8.º

Ge. Schubart. De fatis jurisprudentiae romanae. Jenae, 1696, en 8.º

Ant. Terrasson, historia de la jurisprudencia romana. Paris, 1750, en folio.

Historia del derecho romano por Berriat. Saint Pris. Paris, 1821, en 8.º

Jo. Henr. Chr. de Selchow, *Elementa juris romani ante justinianeum*. Goett., 1778, en 8.º

C. G. Heyne, *Antiquitas romana, imprimis juris romani*. Goett., 1779, en 8.º

J. D. Fuss, *Antiquitates romanae. Leodii*, 1820, en 8.º

Jos. Tosc. Mandatorii, *Juris publicii romani arcana, sive de causis romani juris Neap.*, 1782, 4. vol.

Dictionarium juridicum, in quo Bern. Brissonii, de verborum significatione opus in meliorem ordinem redactum, cum accessionibus pluribus J. Gottlieb. Heineccii praefatione Justi Henningii Boehmeri; edente Jo. Chr. Gottliel. Heineccio. Halae Magdeburgicae, impensis Orphanotrophei, 1744, en folio.

Lexicon juridicum, ex Brissonio, Hotomano et Cujacio. Genevae, 1615, en 8.º

Fr. Balduini. *Libri II in legis Romuli et XII tabularum. Basil.*, 1559, en 8.º

Pardulphi Pratei, *jurisprudencia vetus, sive Draconis et Solonis, necnon Romuli, Romanorum regis, ac XII. Tabularum leges collectae interpretataeque. Lugd.*, 1559, en 8.º

* *Comentario sobre la ley de las XII tablas, por Bouchand, Paris, 1800, 2. vol en 4.º*

Quatuor fontes juris civilis, sive leges XII tabularum cum earundem, etc.; legis Juliae et Papiae fragmenta; edictum perpetuum; librorum sabinianorum ordo ac series, edente J. Gothofredo. Genevae, 1655, en 4.º

* *Codex Theodosianus cum perpetuis comentariis Jac. Gothofredi, praemittuntur chronologia acuratio, chronicon historicon et prolegomena; subjiciuntur notitia dignitatum, prosopographa, topographia, index rerum et glosa-*

rium nomicum, opera et studio *Ant. Marvilli*. Editio nova, collata cum antiquissimo codice manuscripto *Wurcebusgensi* et libris editis; iterum recognita, emendata, variorumque observationibus aucta quibus adjecit suas *Jo. Dan. Litterus*. Lipsiae, 1745, 6. vol. en fol.

* *Leges Novellae V*, anecdotae imper. theodosii junioris et *Valentiniani tertii*, cum caeterarum etiam novellarum editarum titulis et variis lectionibus ex codice *Ottoboniano*, quibus accedunt aliae *Valentiniani tertii* constitutiones jam editae quae in *Cod. Theodos.* desiderantur; ac tandem *lex romana*, seu *responsum Papiniani*, titulis, anecdotis, variisque lectionibus auctum, studio *Joan. Chr. Amadutii Romae*, 1767, en fol.

* *Institutiones Justiniani cum rubro-nigris litteris*. Amst. *Alzevirio*, 1676, en 24.

Codex Justiniani imperatoris, repetitae praelectionis, cum glossis. Moguntiae per *Petrum Schoyffer*, 1475, VII. kal. februarias, en fol.

Digesti veteris libri XXIV, cum glossis. *Henr. Clayn*, in urbe *Perusia* hunc librum diligenter. impresit, anno *Domini*, 1476, en fol.

Digestum infortiatum, eum glossis. Romae, *Vitus Puecher*, 1475, en fol. = *Digestum novum cum glosis*. Romae, apud sanctum *Marcum*, 1476.

* *Authenticae et tres posteriores libri Codicis cum glossis*. Anno 1477, in civit *Moguntia*, *Petr. Schoyffer*, de *Gernsheym*

Digestum vetus, infortiatum, novum. Lugduni, Joh. Syber. 1482. = *Eadem et Juris civilis volumen* Mediolani, Joh. Aut. de Honate, 1482.

Digestorum seu Pandectarum libri L. ex editione Gregorii Haloandri. Norimb. 1529, en 4.º

Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta, ex Pandectis Florentinis repraesentati. Florentiae, Torrentinus, 1555, en fol.

Impp. Justiniani, Justinii, Leonis nevellae constitutiones, Justiniani edicta; ex Bibliotheca ilustris viri Huldrici Fuggeri..... publicae commoditati dicantur. Justiniani quidem opus antea editum sed nunc primum ex vetustis exemplaribus studio et diligentia Henrici Scrimgeri Scoti restitutum atque emendatum et 25 constitutionibus quae desiderabantur auctum. Cui et edicta ejusdem imperatoris non prius edita, tamquam corollarium accesserunt. Justinii autem et Leonis constitutiones.... numquam antea in lucem prolatae. Anno 1553. Excudebat Henricus Stephanus Huldrici Fuggeri typographus, in fol.

Joannis. Hier. Hermani Historia corporis juris Justinianei. Ienae, 1751, en 3.º

* *Corpus juris civilis: editio nova prioribus correctior.* Amstel. Daniel Elzevir, 1664, 2 vol. en 8.º

Corpus juris civilis academicum. Altembourg, 1721, en 4.º

Corpus juris civilis cum glossis. Paris, 1576, 5 vol. en fol.

* *Pandectae Justinianae, cum legibus Codicis et Novellarum quae jus Pandectarum confirmant, auctore R. J. Pothier. Parisiis et Carnuti, 1748, 5 vol. en fol.*

Jac. Labitti Index legum quae in Pandectis continentur. Parisiis, 1577, en 8.^o

* *Repertorium sententiarum et regularum, itemque definitionum, dictionum denique omnium ex universo Juris corpore collectarum; à P. C. Brederodio. Francof., 1387, en folio.*

Praeclarus et insignis tractatus docens modum legendi abbreviaturas utriusque censurae. Parisiis, 1514, en 8.^o

Joh. Ludolphi Waltberi, Lexicon juridicum indices utriusque juris corporis tan civilis quam canonici exhibens locupletissimos, cum praefatione Georgii Henr. Ayzeri. Gaettingae, 1744, en 8.^o

* *Theophili. Institutiones, latinè; ex Versione Jac. Curtii. Antuerpiae, 1556, en 8.^o*

Theophili. Institutiones, grecè et latinè, cura Car. Annib. Fabroti. Parisiis, 1658.

Edm. Merilli commentarius ad instituta, cum praefatione Troitz. Traj. ad Rhenum, 1759 en 4.^o

Ja. A Costa. Commentarius ad institutiones Juris civilis, edente Cujacio. Parisiis, 1659, en 4.^o

Ant. Dad. Alteserrae brevis en enucleata expositio in Institutionum Justiniani libros IV. Tolosae, 1664, en 4.^o

J. Boscageri. Series Institutionum Justiniani. Parisiis, 1707, en 12.º

J. Harpprechtii. Comment. in quatuor libros Institutionum. Tubingae, 1567, en 4.º

* *Jo. Gott. Heineccii. Elementa Juris civilis secundum ordinem Institutionum Franckeræ, 1725, en 8.º (Los hay traducidos al castellano y anotados).*

Justiniani institutionum, libri IV, ed J. F. Berthelot. Lud. Parisior., 1809, vol. en 8.º

Heineccii Dictata ad Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum. Berolini, 1743, en 8.º

Ejusdem Observationes theorico practicae ad Institutiones. Francof. Strauss, 1765, en 8.º

Ejusdem Explanatio elementorum ad Instituta juris civilis. Gracci, 1786, 4 vol. en 8.º

* *Ejusdem Recitationes in Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum. Ura-tisl, 1775, en 8.º*

Fr. Hotomani, Comment. in quatuor libros Institutionum. Basileae, 1569, en fol.

* *Arn. Vinnii. Comment. in quatuor lib. Institutionum. Antwerp. 1692. en 4.º*

Fr. Caroli Conradi. Oratio de jurisprudentia regulari Romanorum et de veterum jurisconsultorum studiis circa regulas juris. Wittembergæ, 1728.

Ever Bronchorstius, de regulis juris. Francofurti, 1607.

Hub. Giphanius de regulis juris. Francofurti, 1606, en 12.º

Justi Henning. Boehmeri. Exercitationes ad Pandectas, in quibus praecipua Digestorum capita explicantur; curá filii D. Georg. Lud. Boehmeri. Hanov. et Goett. 1745. = 1764, 6 vol. en 4.º

Guil. Budaei, Annotationes in Pandectas. Basil. 1557, en fol.

Arn. Corvini à Belderen. Digesta per aphorismos strictim explicata: editio auctior. Francof. 1697, en 8.º

Cujacii Paratitla in Pandectas. Francof. 1615.

* *Jo. Gottl. Heineccii. Elementa juris civilis secundum ordinem Pandectarum. Francof. 1769, 2 vol. en 8.º*

* *Ejusdem Heineccii observationes theorico-practicae ad Pandectas. Berolini, 1760.*

Wolfgang ad Lauterbachii collegium theorico-practicum ad Pandectas. Tubingae, 1690. 3 vol. en 4.º

Aug. Leyseri. Meditationes ad Pandectas. Lipsiae. 1747, 11 vol. en 4.º

Ant. Perezii Annotationes in Codicem. Lovanii, 1642, 2 vol. en 4.º

Ejusdem Annotationes in Pandectas. Amst. 1669, en 4.º

Diod. Tuldini. Comment. in Institut. Pandectas et Codicem. Lovanii, 1702, 3 vol. en fol.

Guill. Marani opera omnia, seu paratitla digestorum et varii tractatus juris civilis: recensuit Chr. Henr. Trotz, Traj. ad Rhenum, 1741, en fol.

J. Voetii. Comment. ad Pandectas. Hagae 1697, 2 vol. en fol.

Zoesii. Comment. in Pandectas et Codicem. Lovanii, 1682, en fol.

Petri et Pitbaeorum, Observationes ad Codicem et Novellas Justiniani, ex editione Cl. Pelletier et Fr. Desmares. Parisiis, ex typ. regia, 1689, en fol.

P. Gudelini. Commentariorum de Jure novissimo, libri VI. Argentorati, 1669, en 4.^o

Huberti Giphanii. Oeconomia juris, sive Expositio methodica librorum ac titulorum Juris civilis. Argentorati, 1612, en 4.^o

Nova et methodica Juris civilis tractatio; auct. Claud.—Jos. de Ferriere. Parisiis, 1754, 2 vol. en 12.^o

Epitome Juris et Legum Romanorum; auct. Barriga de Montvalon. Tolosae, 1786, en 12.^o

Alberici Gentilis. De Juris interpretibus Dialogi VI. Londini, 1582, en 4.^o

Tractatus de finibus regendis civitatum, castrorum ad praediorum, tam urbanorum quam rusticorum Hieronymo de Monte Brixiano, auct Venetiis, 1562, en 4.^o

Rei agrariae auctores legesque variae, cura Will. Goesii, una cum Nic. Rigaltii notis et observationibus, necnon glosario ejusdem. Amst. 1674, en 4.^o

Juris civilis concinniori ordine recens Digesti; auct. Jo. Imbert. Pictavii, 1558, en 4.^o

De Juris ratione et rationis imperio; aucto-

re *Michaël Gonel de Luna y Arellano. Matritii, 1630, en 4.^o*

Joannis Gryphriandri de insulis tractatus, ex Jurisconsultis, politicis, historicis et philologis, collectus; in quo plurime cognatae quaestiones de mari, fluminibus, lacubus, littoribus, portibus, aquaeductibus, aggeribus, navigationibus, alluvionis alveique incremento excutiuntur. Francofurti, 1624, en 4.^o

Tractatus de arbitris et compromissis, Lanfranci de Oriano, additis multis aliis quaestionibus doctorum, et additionibus Benedicti de Vadis, de foro simplonii. = Accesserunt de differentiis inter arbitrum et arbitratores, Bapt. à S. Biasio. = De arbitris et arbitratoribus, Pet. Jac. à Montepessulano. = Quaestiones Bartholi in materiam arbitratorum cum additionibus. Laufranchini. = De oppositione compromissi et de ejus formá, Jac. Butrigarii. = De alienatione judicii mutandi causa factá, deque litigiosis et actionum cesionibus. Adr. Pulvaei Coloniae Agrippinae, 1590, en 8.^o

Joannis à Someren; tractatus de jure novercarum. Trajecti ad Rhen., 1668, en 8.^o

Tractatus duo de Compensationibus; primus, Sebastiano Medico, alter à Tyndaro. Francofurti, 1574, en 8.^o

Helfrici-Ulrici Hunnii de rerum aestimatione tractatus. Giessae, 1616, en 4.^o

Commentarius ad titulum de Evictionibus 45, lib. 3. Cod., auctore Fr. Calletio. August. Pictonum, 1627, en 8.^o

Joannis Copi de fructibus, lib. IV. Parisiis, 1555, en 4.º

De extensione Legum, tam ingenere quàm in specie, tractatus amplissimus; auctore Alphonso Villagut, neapolitano. Venetiis, 1602, en folio.

De ratiotiniis administratorum et computationibus variis aliis tractatus, auct. Fr. Muñoz de Escobar. Francofurti, 1618, en 4.º

Penus juris civilis, ex quâ possis depromere, quidquid usquàm in jure civili ad rem alimentariam faciat; cum variis jurisprudentum responsis, nova interpretatione illustratis, Stephano Forcatulo auctore. Lugduni, 1550, en 4.º

Adriani Pulvei de nuptiis sinè parentum consensu non contrahendis, liber singularis. Parisiis, 1557, en 8.º

Juliani Pelei.... quaestio nobilissima de solutione matrimonii ex causa frigoris publicè tractata et judicata. Parisiis, 1602, en 8.º

= Ejusdem quaestio singularis, de solutione matrimonii ob defectum testium apparentium, in senatu tractata et judicata. Parisiis, 1602, en 8.º

** Antonii Augustini Emendationum et opinionum juris civilis, libri IV. Lugduni, 1574, en 8.º*

Jos. Averanii. Interpretationum Juris, libri II. Lugd. Batav., 1756, 2 vol. en 8.º = Libri V. Lugduni, 1758, 2 vol. en 4.º

Barnabae Brissonii de Formulis et solemnibus

bus populi romani verbis libri VIII. Mog. 1649, en 4.º = Cura Fr. Car. Conradi. Halae et Lipsiae, 1751, en fol. = Autiores cura Jo. Aug. Bachii. Lipsiae, 1754, en fol.

Ejusdem Antiquitates ex Jure civili selectae. Antuerpiae, 1585, en 8.º

Ejusdem Barn. Brissonii Opera varia; continens selectarum ex jure antiquit., lib. IV; de ritu nuptiarum librum singul. Ad legem. Jul. de adulteriis; de solutionibus et liberationibus ect. Lugd. Batav. 1747, en fol.

Guil. Budaeci Opera omnia. Basileae, 1557, 4. vol. en fol.

* *Corn. van Bynckershoek, Opera omnia. Lugd. Batav. 1767, 2 vol. en fol.*

Antonii Contii Opera omnia, collecta studeo Edmundi Merillii. Neapoli, 1725, en fol.

* *Jacobi Cujacii Opera omnia in decem tomos distributa, opera et cura Caroli Annibalis Fabroti jurisconsulti. Lutet Parisiorum, 1658, 10 vol. en fol.*

Edm. Merillii Variantes Cujacii interpretationes et defensae lectiones Florentinae. Parisiis, 1658, en 4.º

* *Fr. Duareni Opera omnia. Lucae, 1765, 4 vol. en fol.*

* *Ant. Fabri Opera omnia, 10 vol. en fol. Scilicet, Jurisprudentiae Papinianae scientia. Lugduni, 1658, un vol. De erroribus pragmaticorum et interpretum juris. Ibid. 2 vol. Commentarii in Pandectas, Ibid. 1959, 5 vol. Codex Fabrianus. Ibid. 1661, un vol. Conjec-*

turae juris civilis. Ibid. eod. anno, un vol.

Hieronymi Borgiae. Investigationes juris civilis, in conjecturas Ant. Fabri. Neap. 1678, 2 vol. en fol.

Casp. Schifordegheri, Disputationum forensium ad Fabrum lib. III. Francof, 1615, en fol.

Scipionis Gentilis jurisconsulti et antecessoris Norici Opera omnia. Neapoli 1765=1769. 8 vol. en 4.º

Hub. Giphanii antinomiarum juris civilis lib. VI, 1605, en 4.º; accedunt ex toto jure objectiones et responsiones in certum ordinem redactae à Conrado Olemanno. Francofurti, 1666, en 4.º

* *D. Gothofredi Immò, hoc est conciliatio legum in speciem pugnantium quas in notis ad Pandectas juris civilis, D. Gothofredus verbum immò usurpando, indicare atque arguere, ommissa plerumque solutione assueverat: discussis contrariorum tenebris, evolvit et in concordiam adduxit Georg. Adam. Struvius. Francof. 1695, en 4.º*

Nicolai de Passeribus Conciliatio legum quae in toto corpore Juris civilis sibi contrariari videbantur. Francof. et Lips. 1685, en 4.º

Antinomiarum juris dissolutiones; de figuris juris opusculum; de argumentis legum tractatus; à Joanne Bellono. Lugd. 1551, en 18.º

Mercerii jurisconsulti Conciliator, sive ars conciliandorum eorum quae in jure contraria videntur, utendique iis quae verè contraria sunt. Biturigis, 1597, en 12.º

Hieronymi Treutleri, Icti selectarum disputationum ad jus civile Justinianicum, 50 libris Pandectarum comprehensum, edit. 5.^a Francofurti, 1620. = 1624, 5 vol. en 4.^o

Notae et animadversiones ad Disputationes Hieron. Treutleri, ant. Reinhardo Bachovio. Heselbergae, 1619, 5 vol. en 4.^o

Siegm. Reich. Jauchii, J. C. Misenensis Meditationes criticae de negationibus, Pandectis Florentinis, partim rectè vel malè jam adjectis aut detractis vel circumscriptis. Amst. 1723, en 8.^o

Jacobi Gothofredi opuscula varia juridica, politica, historica, critica, Genevae, 1654, en 4.^o

Opuscula juris varia. Epitome Feudorum, Novellarum, titulorumque institutionum, titulorumque in Pandectis et Codice, Methodica.... Delineatio et observatio, auctore Dionysio Gothofredo, Parisiis, 1536, en 8.^o

Jo. Gottfridi Sammet, receptarum lectionum ad Jauchium, lib. I et II. Lips. 1749, en 4.^o, III et IV, ibid. 1750, en 4.^o et sub nomine libri singularis, ibid. 1750, en 4.^o

Hug. Grotii, Florum sparsio ad Jus Justinianicum. Parisiis, 1642, en 4.^o

** Jo. Gottlieb. Heinecii, Opera ad universam jurisprudentiam, philosophiam et litteras humaniores pertinentia. Genev. 1744, et ann. seqq. 3 vol. en 4.^o = 1771, 9. vol. en 4.^o*

Fr. Hotmani Opera. Colon. Allobr. 1599, 5 vol. en fol.

Ant. Merendae Controversiarum juris libri XXIV. Venetiis, 1606 en fol. = Praefationem adjecit C. Robert; recognovit, Jo. Mich. van Langendonck. Bruxellis, 1746, 4 vol. en folio.

Sam. Coccei jus civile controversum. Francofurti, 1755, 2 vol. en 4.º

Joh. Passeratii: De letterarum inter se cognitione et permutatione ad veram Pandectarum cognitionem. Parisiis, 1606, en 8.º

Jo. Corn. Ruckeri liber singularis de civili et naturali temporis computatione, observationes et interpretationes. Lugd. Batav, 1749, en 8.º

Sam. et Jo. Sam. Stryckii: Opera omnia. Ulmae, 1755, 16 vol. en fol.

** Arnoldi Vinnii: Quaestiones Juris Lugd. Batav. 1655, en 8.º*

Ejusdem Quaestiones juris cum tractatibus de pactis, jurisdictione, collationibus et transactionibus. Trajecti ad Rhenum, 1722, en 4.º

Ejusdem, jurisprudentiae contractae seu partitionum juris civilis lib. IV. Amst. 1614, en 4.º = Cum tractatibus de Pactis, etc. Lugduni, 1748, en 4.º

Tractatus universi juris, duce et auspice Gregorio XIII, P. M. in unum congesti..... XVIII materias 25 voluminibus comprehensens. Venetiis, 1584, 18 vol. en fol. y 4 vol. de indices de materias.

Jurisprudentia Romana et Attica, continens varios commentatores qui jus Romanum, Atti-

cum, item classicos aliosque auctores veteres emendarunt, explicarunt, illustrarunt: cum praefatione Jo. Gottl. Heineccii. Tom. I. Lugd. Batav. 1738, en fol. Tom. II. ibid. 1739. Tom. III, cum praefatione Petri Wesselingii, ibid. 1741, en fol.

Thesaurus Juris Romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus Romanorum emendatur, explicatur, illustratur etc. ed. Ev. Ottone. Lugd. Batav. 1725, 4 vol. en fol. = Traj. ad Rhen. 1755 = 1755, 5 vol. en fol.

Novus Thesaurus juris civilis et canonici.... ex collectione et museo Gerardi Meermannii. Hagae Comitum, 1751 = 1755, 7 vol. en fol.

Supplementum novi Thesauri juris civilis et canonici; post patris obitum eddidit et praefatione instruxit Jo. L. B. de Meerman. Hagae Comitum, 1780, en fol.

Praxis civilis, antiquis et recentioribus auctoribus, Germanis, Italis, Gallis, Hispanis, Belgis et aliis, qui de re practica ex professo.... scripserunt, collecta et ad.... Pandectarum ordinem relata, Dionysio Gotthofredo auctore. Francofurti ad Maenum, 1591, 2 vol. fol.

Librorum Basilicon, id est, universis Juris Romani auctoritate princip. Romanorum Graecam in linguam traducti, Ecloga sive synopsis per Joan. Leunclavium, ex J. Sambuci bibliotheca Novellarum antea non publicarum liber. Basil. 1575, en fol.

Juris graeco-romani tam canonici quam civilis tomi duo: Jo. Leunclavii studio ex variis bibliothecis eruti, latineque redditi: nunc primum edditi cura Marq. Freheri. Francofurti, 1596, 2 vol. en fol.

Michaelis Pselli, Synopsis legum versibus jambis et politicis; cum latina interpretatione et notis Fr. Bosqueti. Parisiis, 1632, en 8.º

*Institutiones romano hispanae ad usum tiro-
num hispanorum, por D. Juan Sala, 2 tomos
en 4.º*

*Digestum romano-hispanum, del mismo au-
tor, 2 tomos en 4.º*

Juris praeceptorum, cum abstractis quibusdam
 de iure iuris. In. Laurentii studio ex variis
 bibliothecis urbi, latineque editi: anno
 domini millesimo octavo. Probo. Probo.
 1805. 2. oct. in fol.

Michaelis Paoli, Synonyma iuris, octiduo
 iuris et politici: cum Latina interpretatione
 et notis Fr. Rosarii. Perusiae, 1804, in 4.

Institutiones iuris naturalis ad usum
 iuris hispanici, op. Fr. Juan. Sald. 2. Tomos
 in 4.

Disertionum iurum hispaniarum, del mismo
 op. 2. Tomos in 4.

APPENDICE

ORIJEN,

PROGRESOS E INFLUENCIA

QUE HA TENIDO

EL DERECHO ROMANO

DE LA LEJISLACION ESPAÑOLA.

Cuando los Fenicios, que ocupaban la provincia marítima de la Siria, traficaban 1600 años antes de J. C. en las costas del Mediterráneo, ya estaba poblada y civilizada la España, y algunos de sus pueblos se rejian por leyes compuestas en verso (1); y aunque no tenemos noticia alguna del número é índole de ellas, es de presumir fuesen cortas y sencillas, como todas lo son en la infancia de las naciones. Mas los españoles toscos al principio, bien pronto con el trato de estos estran-

(1) Estrab. 1. 3. cuenta, que los turdetanos (hoy dia andaluces) tenian leyes, segun ellos decian, de mas de 6000 años atras.

jeros aprendieron las letras, la navegacion, el comercio, las artes y las ciencias, y se hicieron uno de los pueblos mas cultos del mundo.

Por los años 776 antes de J. C. y 17 de Roma, los Sammios arrojados por un temporal hácia las costas de España, fueron los primeros de los griegos que llegaron á Tartesia (hoy Tarifa) ó á Cádiz, donde vendieron las mercancías que llevaban al Ejipto, volviéndose despues contentos á su pais. Las riquezas que adquirieron, escitaron á otros comerciantes del Asia á probar fortuna en nuestras costas; y asi se hizo mucho mas frecuente el comercio de los griegos asiáticos con la España.

La ciudad de Cartago fundada por los tirios, 900 años antes de J. C., que con el comercio y navegacion habia adquirido inmensas riquezas, y con ellas una ambicion insaciable, y que careciendo de territorios fértiles en su patria, aspiraba á engrandecerse por medio de un sistema de colonias bastante análogo al que posteriormente han adoptado algunas naciones modernas, envió en 800 antes de J. C. una colonia á Ebusa, que es la Ibi-

za de hoy, desde donde empezó á hacer un comercio activo en las costas de España. Las enemistades que se suscitaron entre los griegos y cartajineses, los hizo venir á un rompimiento, y habiéndose disputado nuestras posesiones, vemos ya en el año 700 á los cartajineses dueños de Mallorca y Menorca; y prevalidos, ora de la astucia, ora de la fuerza, ir conquistando parte de la España.

Rota la paz entre las repúblicas de Cartago y Roma, creyó esta oprimir á su enemiga arrojando á los cartajineses del suelo español, de donde sacaban las principales riquezas en que consistia toda su fuerza; y los diputados del pueblo romano para que elijiesen los africanos entre la paz y la guerra, pasaron á la península comisionados á formar alianza con los españoles é interesarlos en una lucha, que solo debia terminarse por la ruina de una de las dos ciudades competidoras. Cansados estos naturales de la dominacion cartajinesa, tomaron algunos de ellos las armas en favor de los romanos creyéndolos sus libertadores; y la nacion dividida entre ambos partidos derramó arroyos de sangre por someterse al yugo extranjero;

pero finalmente los cartajineses fueron vencidos, y la España quedó enteramente libre de ellos en el año 546 de Roma.

Mas ni los Fenicios que fundaron colonias en las costas de Andalucía, ni los griegos que las establecieron en las de Cataluña, ni tampoco los cartajineses llegaron á dar leyes en estas provincias, limitándose los unos al lucro que sacaban por medio del comercio, y los otros exigir contribuciones del pais que dominaban; y asi las primeras leyes extranjeras que se conocieron en España, fueron las romanas.

PRIMERA ÉPOCA.

España Romana.

Destruida Cartago, volvieron los romanos sus armas victoriosas contra las naturales de la pinínsula, y despues de dos siglos de continua lucha, quedó España sujeta al imperio romano. Pero en los 200 años que duró la conquista, desde que *Gneio Escipion* entró con ejército la primera vez en Cataluña por los años 218 antes de la era vulgar, hasta que *Agripa*

feneció la guerra cantábrica, se derramó tanta sangre romana, perecieron tantos Cónsules y Pretores, y se sepultaron tantas lejonas, que estuvo por mucho tiempo indeciso quién sería la denominadora; con la particularidad que nuestra nacion, que fue la primera donde llegaron con armas los romanos, fuese la última que conquistaron.

En todo el tiempo de la república no puede considerarse la España como provincia romana, ni introducidos su legislacion, lengua, ritos, usos y costumbres, de modo que substituyesen á los nacionales. Porque las leyes que hacen estos cambios, siguen por do quier á la dominacion; y asi á medida que iban subyugando el pais, las introducian en los pueblos pacificados con la distincion que se derivaba de los principios que tenian adoptados. Pues los romanos formaban tres clases distintas de los pueblos sometidos: colonias romanas, latinas y municipios. Las colonias romanas, que lo eran Córdoba, Sevilla y Cádiz (1), y otras varias que formaron posteriormente, se rejian

(1) Estrab. l. 3. c. 11.

288 *Oríjen , progresos é influencia*

por las leyes de Roma. Las latinas (1) como Carteya (2), Valencia y otras varias se gobernaban igualmente por las leyes romanas, pero sin el privilegio de la ciudad (3). Y los municipios (4) y demas pueblos se rejian por las leyes municipales y propias.

Para mayor facilidad de la conquista se dividió la España en el año 195 antes de J. C., 553 de R., en Citerior y Ulterior (5), y las dos eran rejidas por los capitanes jenerales que pasaban á ella con el título ya de Pretores, ya de Cónsules (6). Asi permaneció hasta que derrotados los belicosos cántabros por Agripa, y dueños ya los romanos de toda la Península, la dividió Augusto en Betice, Lusitania y España Tarraconense (7). Y deseando este emperador sacar toda la utilidad que le proporcionaba la suerte de

(1) Lib. 1. 4.

(2) Carteya fundada en el año 169 antes de J. C., 580 de R., estaba situada cerca de Aljéciras en el Estrecho, donde hoy se halla la torre llamada de Cartajena. *Mar. historia de España.*

(3) Aul. Jelio.

(4) Ulp. l. 1. ad municip.

(5) Cesar *de bello civi.*

(6) Masden *hist. crit. de España.*

(7) Apiano *in Iberis.*

las armas, impuso en el año 38 de J. C., 711 de R., un tributo perpétuo á la España para la capital del mundo; y este fue el oríjen de la *Era* llamada *Hispanica*, que empieza 38 años antes que la vulgar (1).

Tampoco descuidaron los romanos establecer tribunales de justicia en los que se ventilasen los negocios contenciosos de las partes, pues que en la Bética habia cuatro Audiencias ó conventos jurídicos en que se juzgaban los pleitos, á saber: Cádiz, Écija, Córdoba y Sevilla: tres en la Lusitania; Mérida, Badajoz y Santaren; y siete en la España Tarraconense; Cartajena, Tarragona, Zaragoza, Coruña, Astorga, Lugo y Braga (2), por las cuales, y por los Procónsules, Legados y Presidentes, Prefectos y Pretorios, se gobernaba ademas en lo político y militar.

(1) Tomó este nombre de la voz latina *Æs Æris* que significaba la moneda de cobre que se pagaba al príncipe, por cuyo motivo en tiempos antiguos se llamaba la *Era del arambre*. De esta era ó época se han servido todos nuestros historiadores y consilios en España para la cuenta de los años hasta el de 1561, en que el rey D. Juan el primero de Castilla la derogó en las córtes de Segovia, uniformándose con los reinos de Aragon, donde ya antes se habia derogado.

(2) Plin. lib. 3. cap. 1. y 3.

Tal era el estado de la legislación romana en España, cuando en el año 140 del Señor, 891 de la fundación de Roma, Antonino Pio hizo ciudadanos romanos á todos los súbditos del imperio (1), someténdolos á las leyes romanas. Desde cuyo tiempo los privilegios que se habian hecho propios de los ciudadanos de Italia, se estendieron á todas las provincias del imperio. Las máximas saludables de gobierno que habian asegurado la paz y la sumisión del Lacio, penetraron en las comarcas mas remotas; y así todo el imperio se llenó de ciudadanos romanos sujetos al mismo yugo, llenos del mismo espíritu, gobernados por las mismas leyes, y capaces de las dignidades de Roma, y la España puede contarse desde aquel tiempo propiamente provincia romana. Por eso se hallan del tiempo antecedente como del posterior, leyes que fueron de esta provincia, en el cuerpo del derecho de Justiniano; y de la misma suerte es seguro que el código Teodosiano tuvo observancia en ella, como se colige de la novela 35 del mismo Teodosio.

(1) L. in orbe de statu hominum.

Nuestros españoles-romanos que con su inalterable valor llenaron de gloria las águilas romanas en cuyas lecciones combatían, y cuya constante fidelidad mereció que en el año 42 antes de J. C., y 707 de R., los eligiese Octavio para la guardia de su persona, fueron no menos célebres en las letras que guerreros temibles en los combates; pues ya en tiempo de Cicerón eran respetados por su sabiduría, no dudando afirmar este orador en presencia de todo el Senado, que los de Cádiz eran hombres sábios y bien instruidos en el derecho público. Y los grandes emperadores Trajano y Teodosio, y los inmortales Marcial, Quintiliano, Columela, Séneca, Pomponio Mela y otros tantos insignes escritores como produjo la España romana en filosofía, jurisprudencia, gramática y retórica, convencen hasta la evidencia que ninguna nación del mundo escede á la nuestra en ingenio y valor, cuando por circunstancias particulares no estan amortecidos estos dotes.

SEGUNDA ÉPOCA.

España goda hasta el reinado del santo rey D. Fernando III de Castilla.

Cuando la España toda era rejida por leyes romanas, á consecuencia del universal dominio que de sus provincias habian adquirido los Emperadores, experimentó una novedad cuyos efectos legislativos han subsistido hasta nuestros dias. Los Godos, los descendientes de aquella nacion (no menos antigua que fuerte) de los Jetas, de quienes decia Alejandro Magno que se debia huir, Pirro tuvo miedo y César se espantó (1), entraron en España año 409 de J. C. en el octavo consulado del emperador Honorio y tercero de Teodosio, hijo de Arcadio (2), haciéndose señores de toda ella en virtud de conquistas progresivas, espelidas unas naciones bárbaras y aniquiladas ó sujetas otras (3).

(1) San Isidoro en la *hist. de los Godos*, proemio.

(2) Florez, *España sagrada*. tom. 4.

(3) Los vándalos con su rey Gunderico, los alanos mandados por Ataces, los suevos bajo las órdenes de Her-

Era consecuencia forzosa del dominio soberano la introduccion de leyes conforme al espíritu, jenio y carácter de aquellas jentes; pero mas hechas á las armas que á las leyes, no las establecieron por escrito en los primeros reinados, contentándose para el gobierno de las provincias conquistadas con los usos y costumbres traídos del Norte. Mas posteriormente, sucedida la paz al estrépito de la guerra, empezó el reinado de la ley, y los vencedores trataron de consolidar por medio de la lejislacion el nuevo reino que poco antes habia fundado su valor.

Esta lejislacion puede considerarse como dividida en tres épocas: la primera de leyes usuales, la segunda de escritas, y la tercera de leyes reunidas (1). Duró la primera desde Atilfo primer rey, hasta Eurico. La segunda corrió desde Eurico hasta Chindasvinto, y entonces empezó la época tercera (2).

menerico, y los silingos que tenian á su frente á su jeneral Respendias, entraron en el año 409 de J. C., y repartieron entre sí la España. Marian. *hist.* de ella.

(1) Cortines, *década legal*. §. 13.

(2) Marina en su *Ensayo histórico-crítico*, §. 20 y siguientes, prueba que no fue Sisnando como creyeron varios eruditos varones, el primer autor del *fuero juzgo*, si no Chindasvinto, Recisvinto y Ervijio.

Efectivamente: habiendo Eurico conquistado en 471 todas las provincias de España que tenían los romanos, fue el primero que dió á los Godos leyes por escrito; pero las circunstancias políticas en que se halló este monarca, no eran á propósito para formar una legislación la mas completa. Asi es que inmediatamente que su hijo Alarico tomó las riendas del gobierno, mandó publicar un nuevo código legislativo conocido con el nombre de *Ley romana*, compilado por el conde Goyarico, aprobado por los Obispos y magnates, y escrito y publicado por Anniano, como refrendario y canciller de Alarico, en el año 22 del reinado de este monarca, reduciendo á compendio y extractando las leyes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y las sentencias de Paulo, instituciones de Gayo, y novelas de varios emperadores. (Véase el §. 37).

En este estado permaneció la legislación nacional hasta que Flavio Chindasvinto, casi dos siglos despues, subió al trono en 642; y considerando que las leyes romanas usadas hasta entonces en el foro eran muy obscuras, defectuosas y complicadas, aunque por otra parte escritas con

majestad y elocuencia, determinó anularlas en todo su reino, y publicar un nuevo código que sirviese de norma y regla en las edades siguientes, al cual se dió el nombre de *Liber judicum* (1). Su hijo Recesvinto le aumentó considerablemente, y prohibió bajo rigurosas penas que ninguno usase de otras leyes para la decision de las causas, sino de las contenidas en el nuevo código que se acababa de publicar; pero la prohibicion solo se estendia á las causas futuras, y no á las que traian su origen del tiempo anterior, conservando para ellas el derecho romano como espresamente se permitió en una ley del *fuero juzgo* (2). Desde esta época hasta el año 682, segundo de Ervijio, no se hizo novedad particular en el cuerpo legislativo. Pero no pareciéndole bien á este príncipe el estado de la lejislacion nacional, por la confusion y obscuridad que tenian unas leyes establecidas en tan diferentes tiempos sus predecesores, y notando que algu-

(1) Ley 9. lib. 2. tit. 1. for. jud.

(2) Al fuero juzgo se le dan tambien en sus mismas leyes, en los concilios y cortes y en los códigos mas antiguos los nombres de *Codex legum*, *liber legum* y *liber Gothorum*.

nas eran imperfectas, otras crueles y sanguinarias, y que no pocas se habian hecho inútiles, por estar derogadas por otras posteriores, determinó publicar nuevas leyes, dar nuevo orden á las antiguas, y corregir y enmendar las defectuosas, con lo que puso al código visigodo en el estado en que hoy le disfrutamos.

Sus leyes, cuyos autores fueron Chindasvinto, Recesvinto y Ervijo (pues ellos las compilaron, autorizaron, reformaron y publicaron), fuera de varias de Recaredo, y algunas pocas de sus sucesores, ordenadas en los concilios toledanos ó apoyadas en costumbres góticas, son puramente romanas extractadas de los códigos Teodosiano, Alariciano, y acaso del de Justiniano; unas conservadas literalmente, y otras corregidas y mejoradas (1). El método y claridad de este insigne código son admirables; el estilo grave y correcto; las mas de las leyes respiran prudencia y sabiduría; en fin es cuerpo

(1) El docto Cauciani dice: *Wisigotorum codex ita comparatum est ut jus nec mere barbarum referat, neque mere romanum; adeo ut vere dici possit corpus juris romano-barbari, in quo plura forte ex romana themide quam ex barbarorum institutis petita sunt. in leg. Wisigot. Monit. páj. 51.*

legal muy superior al siglo en que se escribió, infinitamente mejor que cuantos por su tiempo se publicaron en las nuevas sociedades de Europa (1).

No mucho despues uno de los Califas, nacido en las ardientes arenas de la Arabia, conquistador del Asia y de la mayor parte del Africa, que mandaba en la Mauritania, hizo á principios del siglo octavo que sus tropas pasaran el Estrecho al mando del valiente Tarif, y llevasen tras sí la muerte y destruccion de cuanto se les ponia por delante. Desbaratados los godos en cuantos encuentros tuvieron, y muerto su último rey D. Rodrigo con la mayor parte de la nobleza en la memorable batalla del Guadalete, los árabes ocuparon la capital del reino gótico, y se derramaron á manera de un torrente de lava por la España, trastornando nuestras antiguas le-

(1) El ciudadano Legrand d'Aussy atribuye la perfeccion del código de los Visigodos, y sus ventajas sobre los otros cuerpos legislativos de las naciones bárbaras, al conocimiento que aquellos tuvieron de la jurisprudencia romana, y al uso que hicieron de sus leyes. *Memoire sur la ancienne legislation de la France*. tom. 3. páj. 402, de las memorias del Instituto nacional de ciencias y artes. Ciencias mor. y Polít.

yes y gobierno. Las reliquias de nuestro ejército que pudieron salvarse del furor mahometano, y algunos pocos ciudadanos temerosos del alfanje sarraceno, y celesos conservadores de su relijion, se retiraron con lo que pudieron haber á las manos, á las fragosas montañas de la costa de Cantábria, donde echados los cimientos del reino cristiano, por el esfuerzo y constancia del valeroso príncipe D. Pelayo, y escarmentados los enemigos de la relijion y de la patria en la célebre batalla de Covadonga, emprendieron la reconquista, que á fuerza de valor, constancia y sangre, efectuaron los católicos reyes arrojándolos de la hermosa Granada, emporio de riqueza, y último asilo de los moros en España.

Mas tanto D. Pelayo como sus sucesores, aprovechando los momentos favorables de la paz que les ofrecia la confusion de tiempos tan calamitosos, cuidaron de renovar las leyes góticas contenidas en el fuero juzgo, dando vigor y enerjía al derecho de sus antepasados; de tal manera, que debe reputarse por una verdad histórica que el reino de Leon y de Castilla desde su oríjen y nacimien-

to en las montañas de Asturias hasta el siglo XIII, fue propiamente un reino gótico, por tener las mismas leyes, las mismas costumbres y la constitucion política, militar, civil y criminal (1).

ÉPOCA TERCERA.

Desde el santo rey D. Fernando III de Castilla y su hijo D. Alonso llamado el Sábio, hasta nuestros dias.

La prodijiosa estension del imperio romano, la relajacion de sus leyes fundamentales, el lujo que las riquezas del Asia estendieron por todas las clases del estado, el despotismo militar con que una soldadesca desenfrenada abatia y elevaba á su antojo á los emperadores, el olvido de la ríjida disciplina, y la afeminacion y el ningun amor á la patria de sus ciudadanos, causas diametralmente opuestas á las que debió Roma su elevacion, con otros jérmenes no menos propios para corromper el cuerpo mas robusto, hacia tiempo que amenazaban la disolucion

(1) Marina, ensayo histórico-crítico, par. 40.

del imperio, y preparaban la ruina que efectuaron los bárbaros del Norte.

— Cuando los habitantes de los países que conocemos hoy con el nombre de Hungría, Polonia, Suecia, Rusia europea y moradores de las costas del mar Glacial, incitados primeramente por el botín que pillaban en las correrías que hacían sobre las fronteras del imperio, y estimulados despues con la halagüena perspectiva de pueblos mas ricos y tierras mejor cultivadas que las suyas, emprendieron la invasion, trayendo consigo sus mujeres, niños y ganados, sucediéndose estas hordas unas á otras, é impelidas como las olas del mar las primeras por las segundas, que á su imitacion salian de los dilatados bosques donde habitaban, hallaron á las lejiones romanas sin valor y fuerzas, sin disciplina á las tropas de los bárbaros asalariadas por el imperio, y á todos los ciudadanos incapaces de contener el ímpetu feroz de unos hombres tan fuertes como intrépidos, cuya mayor gloria era morir con las armas en la mano. Como la ignorancia de estas jentes les hacia formar juicios inexactos de las cosas, miraron como causa principal

de la afeminacion y cobardia de los romanos la mayor ilustracion que estos tenian; y asi declararon guerra á muerte á las letras, y despreciaron la educacion literaria de sus hijos, con lo que bien pronto cayó toda la Europa en una barbarie espantosa (1).

Pero todas las cosas humanas, segun advierte cierto elegante y profundo historiador (2), tiene un grado de abatimiento asi como de elevacion, del que vuelven en sentido contrario cuando han llegado á él.

Unas tribus de árabes errantes, cuya rústica imajinacion supo inflamar un hombre intrépido y sagaz con el celo de la relijion llevada hasta el fanatismo, fueron el cimiento de aquel formidable imperio, cuyos estandartes en forma de media luna tremolaron en lo sucesivo sobre la silla del imperio de Oriente; y Mahoma supo

(1) En cada página de la historia de aquellos desastrosos tiempos se llena de dolor el corazón del hombre sensible al leer la devastacion y miserias de los infelices pueblos sojuzgados, al paso que contempla con placer cuanto la ilustracion y cultura de las naciones disminuye los crímenes y otros infortunios que producen la crasa ignorancia de los verdaderos intereses de los hombres.

(2) D. Humet, hist. of England, vol. 2. páj. 441.

hermanar tambien las leyes relijiosas y civiles , dando las mas análogas á la índole y estado de civilizacion de sus guerre-ros sectarios , que en poco tiempo convir- tió en mezquitas las soberbias iglesias de la ciudad fundada por Constantino , y es- tendió el islamismo por los dos antiguos continentes.

Posesionados los turcos de la Palesti- na , y ocupada Jerusalem , varios de sus moradores se diseminaron por las nacio- nes de Europa ; en las que refiriendo exa- jeradamente los malos tratamientos que sufrían los cristianos , fueron preparando los ánimos al mas estraño acontecimien- to de que ha quedado memoria entre los hombres. Las increíbles calamidades que en la edad media oprimían á todos los des- venturados europeos , y la falsa intelijen- cia de un testo del apocalipsis de San Juan , produjeron la opinion , parto de una ima- jinacion acalorada , de que se acercaba el fin del mundo. En medio de la consterna- cion jeneral que semejante opinion pro- dujo en los espíritus de todos , el celo ardiente de un santo varon concibió el proyector de recuperar la Palestina , y ar- rojar á los infieles de los santos lugares.

Preparados así los ánimos por los estranos acontecimientos de aquellos siglos; Pedro el Ermitaño levantó el estandarte de la cruz, y puesto á la cabeza de muchos miles de Cruzados que de todas partes de Europa concurrían deseosos de espíar sus culpas antes que viniera el juicio final, contentos con morir en expedición tan santa, se puso en marcha á fines del siglo diez ó principios del once, dirijiéndose por tierra á Jerusalem.

Los innumerables trabajos que padeció esta tropa de celosos guerreros de la cruz al atravesar países tan feroces como incultos, los hizo pensar para lo sucesivo en seguir una ruta mas segura que la que hasta entonces habían tomado; y así es que designaron por punto de reunión las ciudades marítimas de la Italia, desde cuyos puertos salían las expediciones para Constantinopla, donde organizados los rejimientos marchaban en seguida contra el enemigo.

Esta ciudad, centro de la cultura del mundo entonces conocido, que aun conservaba el amor á las letras que tuvieron los griegos, sorprendió por la civilización de sus moradores, por la elegan-

cia en sus edificios y por el refinamiento que el gusto y el lujo oriental habian acumulado en la capital del impero, á aquellos groseros espedicionarios, quienes por poco dispuestos que estuvieran á hacer observaciones, no pudieron menos de aprender algunas cosas que con el tiempo trasladaron á sus patrias respectivas. El continuo roce de los europeos con los asiáticos, la frecuente comunicacion de la Italia con Constantinopla, y la muchedumbre de Cruzados que de su espedicion regresaban á sus casas, fueron introduciendo poco á poco las luces en el seno de sus familias, y moderando progresivamente las costumbres feroces de sus compatriotas y vasallos; y de aqui la claridad que se empezó á columbrar por en medio de las espesas tinieblas que cubrian la Europa en los siglos medios. Esto por una parte, y por otra la incorporacion á la corona de varios feudos por morir sin herederos lejítimos sus señores, y la circulacion de propiedad que empezó á advertirse por la venta de los fundos que algunos nobles y señores se veian obligados á hacer para soportar los cuantiosos gastos de una tan larga espedicion, fueron las se-

millas que tan sazonados frutos produjeron en los siglos siguientes.

Dispuestas así las cosas hizo la casualidad que en 1157 se descubriese en una ciudad de la Italia, llamada Amalfi, una copia de las Pandectas de Justiniano. La regularidad y filosofía que brillaban en sus leyes, y la elegancia con que estaban escritas, comparadas con los códigos que á la sazón se conocían, hicieron pensar á los gobernantes en aplicar sus máximas á la legislación vijente, de suerte que á pocos años del descubrimiento del código oriental se habían nombrado ya en la mayor parte de los estados europeos profesores que le esplicasen. Pero en ninguna parte se hizo esto con tanto éxito como en la universidad de Bolonia, donde á pocos años de conocerse las Pandectas abrió el infatigable jurisconsulto Irnereo una cátedra de derecho romano.

Bien pronto escitados los españoles del amor de la ciencia de la legislación, abandonando su patria y conveniencias, acudieron en tropas á dicha universidad (1)

(1) Y aun pueden gloriarse que el primer colejo que se fundó en aquella universidad, fue el que estableció el Cardenal español D. Jil de Albornoz en el año 1265 para

á disputar el premio de las letras á tanto extranjero como de todas partes de Europa concurría á ella (1), entregándose maestros y discípulos con ardor al conocimiento é interpretacion de los cuerpos del derecho civil compilados por Justiniano, y al decreto de Graciano, ú otra coleccion de cánones hecha en tiempo de Inocencio II. (2).

Muchos de los que pasaron á Italia, volvieron á la Península concluidos sus estudios; y habiéndose dado á conocer por ellos en la universidad, se les colocó inmediatamente despues de su regreso en dignidades y judicaturas, desde cuyos puestos, ayudados de la mayor instruccion que tenian en las ciencias que estaban en boga en aquel tiempo, debieron de influir para que los príncipes establecieran cátedras de derecho civil y canónico, y arreglaran á ellas las leyes patrias.

Por aquella época reinaba el santo rey

los hijos de España, capaz de mantener 31 colejiales. Pancirol. declar. lib. 4. de Europ. Academ. in Italia.

(1) Alli sobresalieron Catalan Vidal de Caniellas, Bernardo Compostelano y Garcia Hispalense, que vivieron en el siglo XIII. D. Nicolas Anton. in Bibliot. vet lib. 8. cap. 3. al n. 132.

(2) Mesa Arte Legal.

D. Fernando III de Castilla, no menos memorable por haber reunido en sus sienes las coronas de Leon y de Castilla, y estendido los términos de la monarquía del uno al otro mar, conquistando á los enemigos de la relijion y de la patria los reinos de Jaen, Córdoba, Sevilla, Murcia y Algarve, que por la bondad y sabiduría con que rejia á sus súbditos, quien movido del amor á las ciencias que le mostraban sus consejeros (pues se dice que eran intelijentes en ambos derechos), trasladó á Salamanca en 1239, para facilitar el estudio de ellas, la universidad de Palencia, fundada algun tiempo antes por su abuelo D. Alonso (1). Y atento y vijilante por promover la felicidad de sus vasallos, conociendo el oríjen de los males que habia sufrido la nacion, determinó entre otras cosas anular todas las leyes antiguas, y escojiendo las mejores y mas equitativas de las que se contenian en los fueros municipales, formar de ellas y publicar en idioma castellano un solo cuerpo legislativo, comun y jeneral á todo el reino, y acomodado á las circunstancias en que se

(1) Garibai, lib. 4. de su hist. cap. 25.

hallaba despues de la feliz revolucion que acababa de experimentar la monarquía. Pero á poco tiempo de comenzada tan gloriosa empresa con el auxilio de su hijo el infante D. Alonso, murió tan esclarecido rey en el año 1252; dejando muy á los principios los trabajos literarios, de los que solo nos resta un trozo de las siete partes de que debia constar la obra, publicado por D. Alonso con el nombre de *Setenario*.

Asi que subió al trono este príncipe, X de este nombre, llamado con justicia el *sábido*, lejos de olvidar el encargo hecho por su padre antes de morir de que llevase al cabo la obra comenzada, encaminándose al mismo objeto de ella, determinó con mayor y mas maduro consejo principiar de nuevo la obra bajo distinto método, bien que con el mismo título de *Setenario*, esto es, código legal dividido en siete libros, *partidas*, ó partes (1).

Comenzose en la víspera de San Juan Bautista del año 1256, y aunque no se sabe positivamente ni quienes fueron los

(1) Marin. Eus. Hist. §. 292.

jurisconsultos encargados de formarla, ni el tiempo en que se concluyó, hay no obstante probabilidades de que fueron los tres doctores en leyes, Jacobo Ruiz, llamado de las *leyes*, ayo del rey D. Alonso siendo infante, maestre Fernando Martinez, y maestre Roldan, famosos jurisconsultos de aquel tiempo, la que concluyeron al cabo de 10 años (1).

Grandes y aun desmedidos fueron los elogios que en todos tiempos se hicieron de este código legal. A la verdad es muy superior á cuantos por aquel tiempo se conocieron en la Europa; pero sin embargo el código de las partidas no es una obra orijinal de jurisprudencia, ni fruto de meditaciones filosóficas sobre los deberes y mútuas relaciones de los miembros de la sociedad civil, ni sobre los principios de la moral pública mas adaptables á la naturaleza y circunstancias de esta monarquía, sino una redaccion metódica de las decretales, dijesto y código de Justiniano, con algunas adiciones tomadas de los fueros de Castilla (2). Y no conocien-

(1) Glosa de Montalvo á la ley I, tit. XXVIII de Ordenamiento de Alcalá.

(2) El mismo rey indica las fuentes de donde se toma-

310 *Origen, progresos é influencia*

do los compiladores otro manantial ni mas tesoro de erudicion y doctrina civil y eclesiástica que estas compilaciones extranjeras y las opiniones de sus glosadores, introdujeron en las partidas la legislación romana y las opiniones de sus intérpretes, alterando y aun arrollando toda nuestra constitucion civil y eclesiástica en los puntos mas esenciales, con notable perjuicio de la sociedad y de los derechos y regalías de nuestros soberanos.

La primera partida, que es como un sumario de las decretales segun el estado que estas tenian á mediados del siglo décimotercio, propagó rápidamente y consagró las doctrinas relativas á la autoridad del Papa, al oríjen, naturaleza y economía de los diezmos, rentas y bienes de

ron las leyes de las Partidas en la ley 2. tit. 1. P. 1., donde siempre que se nombran palabras de los Santos, ó santos Padres, se entienden las de las decretales, y cuando se citan los doctores ó sábios antiguos se dice por los jurisconsultos que intervinieron en la compilacion de las Pandectas, asi como los glosadores del digesto y código, señaladamente Azon, Acussio y otros discipulos de aquel, cuyas opiniones se trasladaron muchas veces á las Partidas, por cuya razon decia el licenciado Espinosa: « cerca de este libro se han de ver tres libros que fueron los originales donde fueron sacadas sus leyes, que son *Summa Azonis*, *Summa Hostiensis*, *Summa Gofredi*." Mari. Ensayi histor crist. not. 2. al par. 219.

las iglesias, eleccion de obispos, provision de beneficios, jurisdiccion é inmunidad eclesiástica y derechos de patronato; doctrinas que estaban en oposicion con muchas de las regalías que como protectores de la iglesia gozaban nuestros soberanos desde al oríjen de la monarquía, y les daban el fuero juzgo y cuadernos municipales.

La segunda partida contiene la constitucion política y militar del reino. Se da en ella una idea exacta y filosófica de la naturaleza de la monarquía y de la autoridad de los monarcas; se deslindan sus derechos y prerogativas; se fijan sus obligaciones así como las de las diferentes clases del estado, personas públicas, magistrados políticos, jefes y oficiales militares, y se espresan bellamente todos los deberes que naturalmente dimanar de las mútuas y esenciales relaciones entre el soberano y el pueblo, el monarca y el vasallo. Precioso monumento de historia, de lejislacion, de moral y de política, y sin disputa la parte mas acabada entre las siete que componen el código de D. Alonso el Sábio, ora se considere la gravedad y elocuencia con que está es-

crita, ora las escelentes máximas filosóficas de que está sembrada, ó su íntima connexion con las antiguas costumbres, leyes y fueros municipales ó jenerales de Castilla, de las cuales por la mayor parte está tomada. Y si se hubiera evitado la prolijidad con que se trata la parte moral y el amontonamiento de tantas autoridades de sábios y filósofos, de textos sagrados y profanos, y lo que en el título primero se dice de los príncipes, condes, vizcondes, marqueses, catanes, valvasores, potestades y vicarios, tomado de legislaciones estranjeras, en ninguna manera adaptables á los oficios públicos conocidos á la sazón en Castilla, seria mas apreciable (1).

La tercera partida comprende las leyes relativas á uno de los objetos principales y mas interesantes de la constitucion civil, administrar justicia y dar á cada uno su derecho. Los compiladores de este apreciable código, recojiendo con bello método lo mejor y mas estimable de lo que sobre esta materia se contiene en el dijesto, código y algunas decretales, y

(1) Ibid. 366.

entresacando lo poco que se halla digno de aprecio en nuestro antiguo derecho, llenaron el inmenso vacío de la legislación municipal, y consiguieron servir al rey y al público con una obra verdaderamente nueva y completa en todas sus partes. Se trata en ella de los procedimientos judiciales, método y alternativa que deben guardar los litigantes en seguir sus demandas, contestaciones y respuestas: de los jueces y magistrados civiles, sus clases y diferencias, oficios y obligaciones, autoridad y jurisdicción: de los *personeros* ó procuradores, escribanos reales de villas y pueblos, su número y circunstancias de los *voceros* ó abogados, cuyo ministerio se erige en oficio público: del orden de los juicios, sus trámites, emplazamientos, rebeldías, asentamientos: de las pruebas, á saber; juramento, testigos, *conoscencia* ó confesion de parte, pesquisa, escrituras; de cuyo formulario se trata prolijamente y con gran novedad, así como de los medios de proveer su conservación y perpetuidad por el establecimiento de registros y protocolos; y en fin del modo de adquirir el dominio y señorío de las cosas. Esta obra de juris-

prudencia seria acabada y perfecta en su jénero, si los copiladores evitando demasiada prolijidad, y consultando mas á la razon que á la preocupacion, y desprendiéndose del excesivo amor que profesaron al derecho romano, y procediendo con imparcialidad, no hubieran deferido tanto y tan ciegamente al código y dijesto. Mas por desgracia ellos trasladaron en esta partida algunas leyes en que no se halla razon de equidad y de justicia: omitieron circunstancias notables dignas de espresarse, y aun necesarias para facilitar y abreviar los procedimientos judiciales; y copiaron mil sutilezas, ideas metafísicas, pensamientos abstractos difíciles de reducir á práctica, y mas oportunos para obscurecer, enmarañar y turbar el órden del derecho, que para promover la expedicion de los negocios ó esclarecer la justicia de las partes (1).

Luego que las leyes de partida introdujeron en nuestros juzgados el órden judicial y las minuciosas fórmulas y supersticiosas solemnidades del derecho romano, experimentaron mudanzas y trastor-

(1) Ibid. §. 377.

nos los tribunales de la nacion con notable daño de los intereses y derechos del ciudadano. Porque antiguamente era breve y concisa la lejislacion, los juicios sumarios, el órden y fórmulas judiciales, sencillas y acomodadas al *libro de los Jueces*; y como estas eran unas actas conocidas por todos, y que nadie podia ignorar, á cada cual era fácil defender su causa, siendo verosímil que si en España no se hubiera conocido el código, dijesto y coleccion de Graciano, nunca llegáramos á tener idea de los Abogados, ni conociéramos este oficio en los términos en que le conoció D. Alonso el Sábio.

Pues propagado en Castilla y en sus estudios jenerales el gusto por la jurisprudencia romana, y mayormente desde que se mandó enseñar en las cátedras el dijesto y decretales, se comenzaron á multiplicar en gran manera los letrados, y una gran porcion de jentes de todas clases, clérigos, seglares, monjes y frailes se dedicaron á aquel jénero de vida agradable, y á una profesion tan honorífica como lucrativa. Su tumultuaria concurrencia á los tribunales llegó á turbar el órden y sosiego de los juzgados. Hubo quejas con-

316 *Oríjen, progresos é influencia*

tra los clérigos, y se dieron providencias para su remedio. Todos los pueblos levantaban la voz contra el comun desórden, el cual motivó la celebracion de las córtes de Zamora, dirigidas únicamente á corregir los abusos del foro é introducir una reforma en los tribunales de la nacion. El mal habia cundido de tal manera, que fue necesario fulminar penas severas contra los abogados, y aun algunos lejisladores tuvieron por conveniente suprimir su oficio. Pero el mal de la causa pública no estaba en los oficios ni en las personas, sino en la misma lejislacion: no en los profesores del derecho, sino en el derecho mismo, en la infinita multitud de leyes, y en las sutilezas y solemnidades judiciales del derecho romano trasladado á esta tercera partida (1).

Respetado y consagrado en España el código y decreto, obligado el jurisconsulto á beber en estas fuentes: ¿como era posible evitar los desórdenes del foro? De aqui es, que ni las correcciones hechas por D. Alonso XI con tanta prudencia y acierto, ni el clamor de la verdad y jus-

(1) Ibid. 5. 395.

ticia que tantas veces resonó en las c6rtes, ni las s6bias precauciones de los legisladores pudieron remediar el da1o.

La cuarta partida en que principalmente se recojieron las leyes del matrimonio, y se trata de los deberes que resultan de las m6tuas relaciones entre los miembros de la sociedad civil y dom6stica, es la mas defectuosa 6 imperfecta de todas, excepto la primera. Los colectores de este libro, olvidando 6 ignorando las costumbres de Castilla, las escelentes leyes del c6digo g6tico y las municipales derivadas de 6l, hicieron empe1o en reunir y juntar en un cuerpo de doctrina derechos opuestos y leyes inconciliables, derecho can6nico, civil y feudal, c6digo, dijesto y decretales, y libro de los feudos, lo que produjo un confuso caos de legislacion.

La quinta y sexta clase en que se trata de los contratos y obligaciones, herencias, sucesiones, testamentos y 6ltimas voluntades, forman un bello tratado de legislacion. Sus compiladores tomaron todas sus doctrinas del derecho civil, y respetaron en tal manera el c6digo de Justiniano, y le siguieron tan ciegamente, que

alguna vez que les pareció justo desviarse de él, procuraron justificarse como si hubieran cometido un gran atentado. Pero su obra seria mas digna de alabanza, si desprendiéndose del excesivo amor al código oriental le hubieran abandonado en ciertos casos, prefiriendo en estos los acuerdos y resoluciones autorizadas por costumbres y leyes patrias, y por el uso continuado sin interrupcion desde que se formó el código gótico hasta el fuero de las leyes, y acaso mas acomodadas á la naturaleza de las cosas y mas útiles á la sociedad (1).

La séptima partida abraza la constitucion criminal, y es un tratado bastante completo de delitos y penas, copiado ó extractado del código de Justiniano, á escepcion de algunas doctrinas y disposiciones relativas á judíos, moros y herejes, acomodadas al decreto, decretales y opiniones de sus glosadores, y de los títulos de los *rieptos, lides, desafiamientos, treguas y seguranzas* que se tomaron de las costumbres y fueros antiguos de España. Los compiladores de esta obra sin duda

(1) Ibid. §. 398.

mejoraron infinito la jurisprudencia criminal de los cuadernos municipales de Castilla, á los cuales se aventaja notablemente; pero en la clasificacion de los delitos y en la calidad de las penas tiene defectos considerables, y pudiera recibir muchas mejoras, si dejando alguna vez de seguir ciegamente á los jurisconsultos extranjeros, hubieran entresacado del código gótico y fueros municipales, leyes y determinaciones mas equitativas y regulares que las del código y digesto (1).

Deseando el soberano publicar un cuerpo de leyes por donde se terminasen esclativamente todas las causas civiles y criminales del reino, y que su grande obra fuese en lo sucesivo el código jeneral único y privativo de la nacion con derogacion de todos los cuadernos y fueros legislativos que habian precedido hasta esta época, procuró estenderle por toda la monarquía castellana; y no cabe duda en que tuvo autoridad en Castilla viviendo aun el monarca. Pero los castellanos, tenaces conservadores de las costumbres patrias, y adictos siempre á sus leyes y

(1) Ibid. §. 406.

fueros municipales, se resistieron á admitir un código que trastornaba gran parte del derecho público y privado conocido hasta entonces y consagrado por una continua série de jeneraciones. De suerte que advirtiéndolo el sábio rey el disgusto de la nobleza castellana y su oposicion al código de las partidas, y el empeño que hizo en el año de 1270 para que se le estableciese su antiguo derecho y las franquezas que en él se apoyaban, celebró córtés en Burgos, en las cuales consintió y aun mandó que se guardase la costumbre antigua, no solamente en Castilla, sino tambien en los reinos de Leon, Estremadura, Toledo y Andalucía, y que en todos sus pueblos se administrase la justicia en conformidad á sus cartas forales. A pesar de todo el código de las partidas se miró todavía con respeto por una gran parte del reino, especialmente por los jurisconsultos y majistrados; se adoptaron algunas de sus leyes, aunque opuestas á las de los fueros municipales, y llegó á tener autoridad en los tribunales de corte y derecho comun y subsidiario fuera de ellos, en virtud del gran mérito de esta obra, y de su conformidad con el

derecho romano en que se creia estar depositada toda la ciencia, ó bien por una consecuencia de los esfuerzos y disposiciones políticas de D. Alonso el Sábio y sus sucesores hasta D. Alonso XI.

Habiéndose éste propuesto mejorar el estado de la lejislacion, y considerando el mérito de las partidas y el aprecio que de ellas hacian los letrados y jurisconsultos, y que su autoridad era vacilante y precaria, por no haberse publicado y sancionado con las formalidades necesarias, segun fuere y costumbre de España, las promulgó solemnemente en las córtes de Alcalá del año 1348, mandando que fuesen reputadas por leyes del reino, y han sido hasta nuestros dias confirmadas por varios soberanos.

Pero D. Alonso XI y sus sucesores cuando autorizaron las partidas, solamente quisieron que fueran habidas por derecho comun y subsidiario, porque conservaron en su vigor y autoridad todos los cuerpos lejislativos de la nacion, y el de las partidas debió reputarse por el último en órden. Esta mala política redujo la lejislacion á un estado tan complicado y embarazoso, que en lo sucesivo produjo

fatales consecuencias, las que obligaron á los procuradores de córtes á pedir repetidas veces el remedio y una compilacion metódica de los ordenamientos y leyes nacionales, á cuya multitud, variedad y oposicion atribuian el oríjen de todos los males; pero las circunstancias políticas de D. Juan II y Enrique IV no permitieron que tuviese efecto la deseada reforma: antes crecieron los males y los desórdenes; porque los jurisconsultos y letrados de los siglos XV y XVI, desentendiéndose de la obligacion de la ley, y abandonando vergonzosamente el derecho patrio á consecuencia de su mala educacion literaria, se entregaron esclusivamente al estudio del código, dijesto y decretales, y al de los sumistas y comentadores (1) Azon, Acursio, Enrique Oscense, el Especulador Juan Andres, Bartulo, Baldo y el Abad con otros,

(1) El rey D. Juan el segundo publicó una ley en Toro en el año 1427, prohibiendo á los abogados, so pena de privacion de oficio, alegar en los tribunales « opinion, ni determinacion, ni decision, ni derecho, ni autoridad, ni glosa de cualquier doctor ó doctores, ni de otro alguno, así lejistas como canonistas, de los que han seguido fasta aqui despues de Juan é Bartulo, nin y otrosí de los que fueren aqui adelante.” Ibid. §. 448. not. 1.

cuyas opiniones y sentencias resonaban frecuentemente en los tribunales, se pronunciaban y oían como oráculos, y servían de norma en los juicios, y de interpretación á las leyes patrias, señaladamente á las del código de las partidas, á quien como deribado de aquellas fuentes, y mas acomodado á sus preocupaciones, dieron libremente la principal, ó mas bien la única autoridad, aunque siempre con relacion y dependencia del de Justiniano y sus intérpretes.

D. Fernando y Doña Isabel, conociendo que la preferencia de la jurisprudencia extranjera, y el estudio privativo de ella, con desprecio del derecho patrio, y la multitud, variedad y oposicion de nuestras leyes, eran las causas principales que influían poderosamente en el desorden público, mandaron (1) en conformidad á lo que habian deseado sus predecesores, hacer una compilacion metódica de las leyes mas notables comprendidas en el fuero, pragmáticas y ordenamientos, trabajo que ejecutó el célebre Alonso Diaz de Montalvo, publicándose su obra con

(1) Ibid. §§. 450. y 451.

el título de *ordenanzas reales*; y para promover el estudio del derecho patrio mandaron á los correjidores, oidores, alcaldes y letrados estudiar las leyes de los ordenamientos, pragmáticas, partidas y fuero real. Empero conociendo la reina católica cuán diminuta, incorrecta y defectuosa era la compilacion de Montalvo, suplicó á su marido en el codicilo otorgado en Medina del Campo, mandase hacer otra mas completa, exacta y metódica; mas no tuvieron efecto los buenos deseos de tan eminente reina; y subsistiendo las mismas causas, continuaron los abusos y desórdenes, hasta que el reino junto en córtes instó repetidas veces para que se llevase á efecto la proyectada recopilacion de las leyes patrias. Por último se vieron cumplidos sus deseos en el reinado del señor D. Felipe II, que la publicó y autorizó en 1567 con el título de *nueva recopilacion*; pero ni la publicación del nuevo código, ni las repetidas providencias del gobierno para mejorar el estado de la jurisprudencia y desórdenes del foro, produjeron el deseado efecto; porque el corrompido gusto de los letrados frustraba los conatos de los lejisladores, tan-

to que se vió obligado el consejo á mandar en 1713 por auto acordado que los jueces y letrados se atuviesen al estudio de las leyes patrias.

Mas todos los nuevos esfuerzos del gobierno hechos en el siglo XVII y tiempos posteriores, fueron vanos é infructuosos, porque nunca se pensó en hacer una reforma radical, ni en aplicar remedios convenientes y proporcionados á la naturaleza y causas de la enfermedad.

El desórden se conoce, la confusion de la lejislacion se advierte, y los amantes de su rey y de su patria claman porque llegue el tiempo de formarse unos códigos, que bajo un plan uniforme y sencillo abracen la lejislacion en su totalidad, deduciéndose las leyes como consecuencias inmediatas de sus principios. ¡Ojala no tarden en cumplirse los ardientes votos que en todos tiempos ha dirigido á sus soberanos la nacion, con lo que se remediáran parte de los males que hace tanto tiempo que la aflijen!

que se lea el Diario de la Ley. 232
que se ve obligado el Consejo a mandar
que se vea por ante notario que los jueces
y letrados se dividan en el estado de las
leyes puestas.
Y para todos los otros estatutos del Rey
deben de ser en el año 1711 y después
posteriormente, fueron y han de ser
posteriormente en parte en parte una
parte más, ni se aplican a los jueces
y letrados y promovedores a la nulidad
de las leyes de la nulidad.
Y para que se conozca la nulidad
de la legislación se advertirá y los jueces
deben de ser y de ser para cada uno
que se vea el tiempo de formación de
cada uno, que sea en el momento y en
este momento de la legislación en el
del, de donde se ve las leyes como
enunciadas y nulidad de las leyes.
Y para que se vea en cumplimiento de las
leyes por en todos tiempos, ha de ser
de las leyes de la nación, con lo que se
remediará parte de los males que hace
tanto tiempo que se siguen.
Y para que se vea el cumplimiento de las
leyes de la nación, se vea el cumplimiento
de las leyes de la nación, se vea el cumplimiento
de las leyes de la nación, se vea el cumplimiento

APÉNDICE.

*Modo de conciliar el derecho romano
en caso de una contradiccion entre
sus diferentes partes.*

Cuando dos ó mas pasajes de los libros de derecho romano contienen disposiciones diferentes ó contradictorias sobre una misma materia, ante todas cosas debe mirarse si esta contradiccion es solo aparente, y si se puede hacerla desaparecer por la correccion del texto ó por la interpretacion. Si no se puede, se parte de este principio: *Lex posterior semper derogat priori*. No obstante, en los casos en que se encuentre una contradiccion, nunca se debe perder de vista el carácter particular de cada copilacion de leyes; y asi sobre este punto hay varias reglas que observar: 1.^a cuando la contradiccion viene de que se ha derogado una ley por otra posterior, la última debe ser siempre preferida, por ejemplo: las novelas tienen mas autoridad que la instituta, las pandectas y el código, y entre las

mismas novelas las últimas anulan las mas antiguas. El *Codex. repet. prael.* es de mas fuerza que las pandectas y que las instituciones, por ser mas nuevo y deber su existencia á una nueva revision del derecho vijente: 2.^a cuando la contradiccion proviene de que en un pasaje se cita de un modo histórico el derecho antiguo, mientras otro contiene el derecho nuevo, es natural que sea preferido el último: 3.^a si la instituta y las pandectas están en contradiccion, y si esta no puede desaparecer por medio de correcciones y distinciones, en este caso es mayor la dificultad. Si se considera que Justiniano al formar las pandectas llevó por objeto instruir, pero sobre todo dar un libro de derecho para la práctica, y que por el contrario la instituta estaba destinada para la enseñanza; que fuera de esto el designio de este emperador no fue derogar las pandectas por la instituta; y en fin, que las pandectas deben mirarse en cierto modo como el orijinal donde se ha sacado la instituta, es claro que deben preferirse las pandectas, escepto no obstante cuando la instituta contiene una disposicion mas reciente; que entonces *lex posterior*

derogat priori; y 4.^a si en una misma compilacion se encuentran contradicciones, debe preferirse la opinion confirmada por los compiladores: en caso de no haberla, no se puede sentar ninguna regla jeneral (1). Para conciliar y esplicar dos textos asi contradictorios, debe á la vez atenderse á la conexion histórica é interior de las materias donde se halla la contradiccion, á la analogía, al lugar que ocupan en la compilacion, á su antigüedad, á su naturaleza y á los principios en que están fundados; pero solo un intérprete instruido é inteligente puede fallar sobre casos particulares.

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

DE LA POSESION.

§. I.

I. IDEA DE LA POSESION Y DE SU NATURALIEZA EN EL DERECHO ROMANO.

1. *De la detencion.*

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

§. II.

2. *Posesion en el sentido del derecho.*

Para convertir la relacion de *deten-*

(1) Fr. 1. pr. D. 41. 2. » Possessio appellata est, ut et Labeo ait, á sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit.»

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

§. III.

3. *Efectos de la posesion legal.*

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

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

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

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

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

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

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

§. IV.

4. *Diferentes especies de posesiones legales.*

Deben pues distinguirse dos especies de posesiones legales: *possessio ad usucapionem* y *possessio ad interdicta*. La conexión que hay entre estas dos posesiones, es que la *possessio ad usucapionem* supone algunas condiciones mas que la *possessio ad interdicta*, esta se contiene siempre en la primera (1), pero aquella puede existir sin la otra. Esta distincion de la posesion legal introdujo las diferentes espresiones de que se sirven los jurisconsultos romanos, segun que consideran la posesion en sus relaciones legales con la *usucapion* ó bien con los *interdictos*. 1.º Solamente la *possessio ad usucapionem* se llama entre ellos *posses-*

(1) Asi el que posee *ad usucapionem* tiene tambien derecho *ad interdicta*, á escepcion con todo de cuando este último derecho por razones particulares pertenece á otra persona, por ejemplo, al que ha recibido una prenda. Fr. 16. D. 41. 3. » Qui pignore dedit ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet.»

sio civilis; y se dice de aquel que posee de manera que puede usucapir: *civiliter, jure possidet* (1). Cualquier otra posesion se llama *possessio naturalis*, por oposicion á la *possessio civilis* (importa poco que por otra parte sea una *simple tenencia* ó una *posesion legal*). 2.º La *possessio ad interdicta* es en los escritos de los jurisconsultos romanos la que debe entenderse por la palabra *possessio* tomada aisladamente, siempre que se emplee esta palabra para espresar una posesion legal, y tambien para este efecto se hace uso de la palabra *possidere* (2). Cualquier otra posesion, esto es, la simple detencion que ni aun da derecho á los interdictos, se llama tambien *possessio naturalis*. La simple detencion se espresa tambien por las palabras, *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione*.

(1) Véase fr. 3. §. 15. D. 10. 4. »Sciendum est, adversus possessorem hac actione ageundum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni.» Denique creditorem, qui pignori rem accepit ad exhibendum teneri placet.

(2) §. 5. 1. 4. 15.

§. V.

5. *Otras divisiones de la posesion en jeneral.*a. *Possessio juxta vel injusta.*

Respecto de la causa (*causa, titulus possessionis*) en virtud de la cual una persona posee una cosa ó la tiene en su poder, la posesion es *justa ó injusta*. 1.º La *possessio justa* es aquella que ha empezado de una manera lícita, y cuya causa está autorizada por la ley, ya sea una posesion propiamente dicha para producir derechos, ya simplemente una detencion (1). 2.º La *possessio injusta* es lo contrario; en ella se encuentran principalmente los tres vicios de la posesion, es á saber, que ha principiado de una manera *violenta, clandestina y precaria: vi, clam, precario* (2). Por lo que hace á la causa de la posesion importa principalmente no olvidar la regla: *Nemo sibi ip-*

(1) Esto demuestra la falsedad de aquella conclusion: *juste possidet ergo possidet.*

(2) Fr. 1. §. 9. Fr. 2. D. 43. 17.

se causam possessionis mutare potest. Al principio esta regla era concerniente á la antigua *usucapio pro haerede*, y significaba que el que habia empezado á poseer con título particular, no podia á su arbitrio y con la conciencia de su injusticia, mudar su posesion en una *possessio pro haerede* (1). Con el tiempo parece que entre los mismos romanos fue interpretada en el sentido de que el que solamente habia detentado una cosa, no podia por sola su voluntad mudar esta tenencia en una posesion lejítima (2), del mismo modo que aquel que tenia una posesion simplemente legal y no *ad usucapionem*, no podia hacerla *possessio ad usucapionem* por el solo efecto de su intencion.

§. VI.

b. *Possessio bonae et malae fidei.*

La posesion es ademas ó posesion *bonae fidei*, ó posesion *malae fidei*. 1.º El poseedor de buena fe es aquel que cree que ningun otro tiene mas derecho que

(1) Fr. 2. §. 1. D. 41. 5.

(2) Fr. 1. §. 2. D. 41. 6.

él para poseer la cosa que posee (1); 2.º y poseedor de mala fe aquel que sabe que no tiene derecho para poseer (2).

§. VII.

6. *Naturaleza de la posesion legal con animus.*

a. *Su objeto y personas que pueden tenerla.*

De la idea de la posesion con *animus* (§. II), se sigue que ciertas cosas no pueden ser objeto de ella, y que no puede pertenecer á ciertas personas. 1.º Una cosa que no puede adquirirse en propiedad, tampoco puede ser objeto de una posesion legal (3); y por eso no se puede poseer una cosa que está fuera del comercio de los hombres. 2.º Toda persona que no puede ser propietaria, es tambien incapaz de tener una posesion legal (4).

(1) Fr. 109. D. 50. 16.

(2) §. 39. I. 2. 1. = F. 38. D. 41. 3.

(3) Fr 30. §. 1. D. tit. 2. Por esta razon entre los romanos un hombre libre conocido por tal, no podia ser poseido.

(4) De aqui viene que entre los romanos los hijos de

§. VIII.

b. *Compossessio.*

Toda posesion es esclusiva por su naturaleza, es decir, que lo que es poseido por una persona, no puede serlo por otra. Pues una misma cosa no puede ser poseida por muchas personas á un mismo tiempo, de manera que cada una de ellas la posea enteramente (*possessio plurium in solidum*) (1). Sin embargo muchas personas pueden poseer en comun las partes intelectuales de una cosa, y esto es lo que se llama *compossessio* (2); ó pueden poseer una cosa bajo relaciones diferentes y con diversos efectos (3).

familia, los esclavos y los prisioneros de guerra eran incapaces de poseer, lo cual admitia sin embargo una escepcion respecto al peculio de los primeros.

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

(2) Aqui se supone que la parte de cada uno está determinada y conocida. Fr. 3. §. 2. D. 41. 2.

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

§. IX.

c. *Juris quasi-possessio.*

Propiamente hablando solo las cosas corporales pueden ser objeto de la posesion, porque solo ellas pueden ser deten-tadas (1). Pero como la posesion legal de una cosa corporal no es en el fondo mas que el ejercicio de hecho del derecho de propiedad sobre esta cosa, el ejercicio de los otros derechos, como de los de servi-dumbre, presenta alguna semejanza con una verdadera posesion. Los jurisconsultos romanos llamaron á esta especie de posesion *juris quasi-possessio*; y por esta denominacion entienden el ejercicio de un derecho, tanto respecto de los *interdictos*, como respecto de la *usuca-pion* (2).

§. X.

d. *Ficta possessio.*

A veces sucede que alguno es mirado y tratado legalmente como poseedor, aun-

(1) Fr. 3. pr. D. 41. 2. «Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.»

(2) Por ejemplo, Fr. 3. §. 17. D. 45. 16.

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

§. XI.

II. De la adquisicion de la posesion.

1. Condiciones jenerales.

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

(1) Solamente sucedia esto en la peticion de herencia. Fr. 20. §. 2. D. 5. 3. = Despues se estendió á todas las acciones *in rem*. Fr. 24. §. 33. D. 6. 1.

(2) Fr. 25. 26. 24. pr. D. 6. 1.

(3) Fr. 3. §. 1. D. 41. 2. »Adipiscimus possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore.»

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

§. XII.

a. *Aprehension* (corpus).

Para la *aprehension* no es necesario que se tome inmediatamente la cosa *corpore*; la *aprehension* consiste mas bien en que por una operacion corporal aquel que quiere adquirir una cosa, se ponga

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

físicamente en estado de servirse de ella en todo tiempo á su voluntad. Por eso en derecho romano hay aprehension: A) para una cosa inmueble. 1.º tan solo con que aquel que quiere adquirir su posesion, haya puesto el pie solamente en una parte de la heredad (1): 2.º ó bien con que aquel que era su poseedor, la muestre desde lejos al adquirente con intencion de transferirle la posesion de ella (2): B), para las muebles hay *aprehension*: 1.º cuando alguno toma la cosa con la mano (3): 2.º cuando esta cosa cae en sus redes ó lazos (4): 3.º cuando ha puesto á alguno junto á ella para guardarla (5): 4.º cuando por órden suya se ha entregado á otro (6): 5.º cuando viene en medio de otras cosas ó efectos suyos (7): 6.º cuando se le entregan las llaves del lugar donde está, lo cual sin embargo debe hacerse cerca de este lugar (8).

(1) Fr. 2. §. 1. D. 41. 2.

(2) Fr. 18. §. 2. D. ibid.

(3) Fr. 1. §. 1. D. ibid.

(4) Fr. 55. D. 41. 1.

(5) Fr. 51. D. 41. 2.

(6) Fr. 1. §. 2. D. ibid. Fr. 79. D. 46. 3.

(7) Fr. 18. §. 2. D. 41. 2.

(8) §. 45. I. 2. 1. fr. 74. D. 18. 1.

7.º en fin cuando pone su sello en la cosa y no pasa esta á la posesion de otra persona (1). Pero no se posee una fiera herida, aunque lo esté mortalmente, cuando todavía se va en su seguimiento (2); lo mismo sucede con la caza encerrada en un parque, con los peces de un estanque (3), y con un tesoro, que si bien se halla en un fundo que poseemos, no está todavía descubierto (4).

§. XIII.

b. *Intencion (animus).*

La *intencion de poseer (animus possidendi)* consiste en la voluntad de disponer de la cosa que se ha aprehendido, como si fuera suya propia (§. XI); de donde se sigue, que aquel que no puede querer, es incapaz de poseer. Por consiguiente son incapaces de adquirir una posesion: 1.º todas las personas morales (5):

(1) Fr. 14. §. 1. D. 18. 6. fr. 1. §. 2. D. ibid.

(2) §. 13. I. 2. 1. = »*multa enim accidere possunt, ut eam non capiamus.*» Fr. 5. §. 1. D. 41. 1.

(3) Fr. 3. §. 14. 15. D. 41. 2.

(4) Fr. 3. §. 3. D. ibid. fr. 15. D. 10.

(5) Fr. 1. §. 15. D. 47. 4. = »*Possessionem hereditas*

2.º los infantes (1): 3.º los pupilos sin la autorizacion de su tutor, excepto no obstante cuando tienen una edad suficiente para conocer lo que hacen adquiriendo, y para querer formalmente hacerlo (2); y 4.º los locos y los imbeciles (3). Cuando alguno detenta ya una cosa, adquiere la posesion de ella solo con la *intencion de poseerla (animus possidendi)*; y si el detentador obtiene un título á la propiedad de la cosa que detenta, empieza tambien desde entonces á ser su poseedor legal (4). Los jurisconsultos romanos llaman á esto adquirir *solo animo*, y los modernos *brevis manu*.

§. XIV.

2. Como se adquiere la posesion por medio de representantes.

Por lo demas podemos adquirir la posesion de una cosa, ya por nosotros mis-

non habet." Fr. 1. §. 22. D. 41. 2. Sin embargo pueden adquirir la posesion por medio de representantes.

(1) Fr. 52. §. 2. D. *ibid.* = Const. 3. C. 7. 32.

(2) Fr. 1. §. 3. D. *ibid.* = Const. 26. C. 8. 54.

(3) Fr. 1. §. 3. *cit.* = Fr. 18. §. 1. D. *ibid.*

(4) Fr. 9. §. 5. D. 41. 1. = §. 44. I. 2. 1. = Fr. 62. pr. D. 21. 2. = Fr. 9. §. 9. D. 12. 1.

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

(1) *Paulo sent. rect. lib. 5. tit. 2. §. 1. »Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro: corpore vel nostro vel alieno.»*

(2) Fr. 1. §. 19. D. 41. 1. Asi en jeneral el que no puede querer, tampoco puede representar á otra persona en la adquisicion de una posesion. Fr. 1. §. 9. 10. D. ibid.

(3) Fr. 42. §. 1. fr. 1. §. 5. 22. fr. 2. fr. 44. 3. §. 12. D. 41. 2. = Fr. 31. §. 3. fr. 41. 3. = Fr. 13. §. 1. D. 41. 1. Conf. Const. 1. C. 7. 32. = Fr. 49. §. 2. D. 41. 2.

sus) (1), y en el segundo en virtud de un mandato (*mandatum*) (2).

§. XV.

3. *Manera de adquirir una quasi-possessio.*

Para adquirir una *quasi-possessio* (§. IX) son tambien precisos *corpus et animus*. El goce del derecho constituye aqui la relacion corporal; y la intencion (*animus*) consiste en que se use como de un derecho, de la facultad que es objeto de este mismo derecho (3). Si se trata de adquirir la *quasi-posesion* A) sin convencion, y solo por la voluntad de la parte que adquiere, es preciso: 1.º si es un *derecho afirmativo*, que el que pretende adquirirle, no le ejerza sin conocimiento de aquel cuyo derecho restringe (4); 2.º si es un *derecho negativo*, se necesita que aquel cuya libertad es res-

(1) Como sucede con los esclavos é hijos de familia. Fr. 1. §. 5. 6. 8. Fr. 49. pr. D. 41. 2. = Fr. 21. D. 41. 1.

(2) *Paulo*. I. c. §. 2. = Fr. 41. D. 41. 5. = Fr. 13. pr. D. 41. 1.

(3) Fr. 25. D. 8. 6. = Fr. 7. D. 43. 19.

(4) Fr. 10. pr. D. 8. 5.

trinjada por este derecho, haya querido hacer alguna cosa para contradecir el derecho pretendido, que la otra parte haya obstado y el primero desistido (1). B) Por el contrario, si el derecho de que se trata, deriva de una convencion, la posesion de él en caso de ser *negativo*, se adquiere por la convencion misma; pero cuando es *afirmativo*, se acaba de adquirirla por el ejercicio no impedido de la facultad que es su objeto (*quasi traditio*) (2).

§. XVI.

III. De la pérdida de la posesion.

1.º Regla jeneral.

La posesion una vez adquirida durante tanto tiempo como existen las dos condiciones (*corpus et animus*). Si las dos ó una de ellas desaparece, la posesion tiene que acabarse (3). Asi como la adquisicion de la posesion exige un *acto formal*, corporal y espiritual, del mismo modo

(1) Fr. 6. §. 1. D. *ibid.* = Fr. 1. §. 2. D. 8. 5.

(2) Fr. 20. D. 8. 1. = Fr. 5. pr. D. 7. 1.

(3) Fr. 44. §. 2. Fr. 5. §. 6. 13. D. 41. 2.

para perder esta adquisicion se necesita un *acto contrario* (*contrarium actum*), y este acto debe emanar de las causas que concurrén en la adquisicion, del *corpus* y del *animus* (1).

§. XVII.

2.º Aplicacion de esta regla.

a. Pérdida de la posesion por un acto corporal.

En cuanto á la primera condicion de la posesion, esto es, en cuanto á la relacion corporal en que estamos con la cosa poseida, no se necesita para que continuemos siendo poseedores, que tengamos sobre esta cosa un dominio físico ó inmediato, cuando se trata de adquirir la posesion de ella; sino que basta que nos sea en todos tiempos posible ejercer

(1) Este es el sentido del conocido pasaje que se presenta dos veces en el fr. 8. D. 41. y en el fr. 153. D. 50. 17. «*Fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. = Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in quâ utrumque in contrarium actum est.*»

este dominio siempre que queramos. Asi que, no se pierde la posesion de una cosa solo porque se está lejos de ella (1), y por consiguiente se puede hacerla detentar por otro (2). La posesion no se pierde sino cuando por algun hecho llega á ser imposible al poseedor obrar físicamente sobre la cosa (*si in contrarium actum est.*) y sucede: 1.º en las cosas muebles, cuando otra persona se apodera de ellas, ya por violencia, ó ya por ladronicio (3), ó cuando las perdemos (4), ó bien cuando los animales domésticos se han extraviado, ó se han escapado los bravos, y cuando los animales que se habian amansado, han perdido la costumbre de volver (5): 2.º en las cosas inmuebles, cuando por un acontecimiento independiente del hecho del hombre es despojado de su dominio el poseedor (6),

(1) *Pauli sent. rec.* V. 2. 1. = Fr. 3. §. 7. 13. fr. 44. pr. D. 41. 2. Los romanos llamaban á esto *solo animo retinere possessionem*, y los modernos lo llaman *possessio mentalis*.

(2) Fr. 18. pr. D. 41. 2. «*Nam possidet, cujus nomine possidetur.*» (§. II.)

(3) Fr. 15. D. 41. 2.

(4) Fr. 25. pr. D. ibid.

(5) Fr. 3. §. 13. 16. D. ibid.

(6) Fr. 3. §. 17. fr. 30. §. 3. D. ibid.

ó cuando otra persona viene á echarle de él (*si dejicitur*). La ausencia sola no basta para hacernos perder la posesion de una cosa de que otros se han apoderado sin saberlo nosotros; esta pérdida no se verifica sino en el caso de que queriendo hacer valer nuestros derechos sobre la cosa, seamos rechazados (1).

§. XVIII.

b. Pérdida de la posesion ánimo.

Por lo que hace á la segunda condicion, es preciso notar que no cesamos de poseer cuando momentáneamente cesamos de tener *animus domini*. Para perder la posesion, se necesita que nuestra intencion de renunciar á ella sea positiva (*si in contrarium actum est*) (2), lo cual puede suceder espresa ó tácitamente: en el último caso el acto de que resulta la pérdida de la posesion, se llama *abando-*

(1) Fr. 46. D. *ibid.* » *Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret*» Fr. 25. §. 2. *ibid.* = » *Usque eo possidemus, donec revertentes nos aliquis repellit.*» (§. XI. not. (2).).

(2) Fr. 3. §. 6. Fr. 30. §. 4. D. 41. 2.

no (1) Aquel que no puede querer, no puede cesar de querer, y por consiguiente no puede perder la posesion *ánimo* (2).

§. XIX.

c. Pérdida de la posesion corpore y ánimo.

Piérdese la posesion de una cosa *corpore* y *ánimo*, cuando esta cosa se entrega á otro con intencion de que este la posea como suya (*si vacuum tradit possessionem*) (3). Algunas veces sucede que el poseedor se pone en tal relacion con otra persona que ya no posee sino para esta la cosa que antes poseia para sí mismo; y esto es lo que llaman los modernos *constitutum possessorium* (4).

(1) Fr. 37. §. 1. D. 41. 3.

(2) Fr. 27. D. 41. 2. = «*Furiosus non potest desinere animo possidere.*» Fr. 29. *ibid.*

(3) Fr. 33. Fr. 18. §. 2. D. 41. 2.

(4) Fr. 18. pr. D. *ibid.* Fr. 77. D. 6. 1. = Const. 28. C. 8. 54.

§. XX.

3. *Pérdida de la posesion por el hecho de un representante.*

Adquiriéndose la posesion por un representante (§. XIV.) puede tambien ser conservada y perdida por el mismo medio, como vamos á ver con mas individualidad: 1.º la posesion puede perderse en beneficio del representante mismo, pero la mudanza de voluntad no basta en este caso para la enajenacion de la posesion, sino que ademas es preciso de parte del representante un acto corporal que consista, *a*) para las cosas muebles, en quitarlas de su lugar con intencion de hurtarlas (*furtum, contrectatio*) (1) *b*) y para las inmuebles, en escluir de su heredad al poseedor (2); 2.º puédese por medio del representante perder la posesion en beneficio de un tercero, como

(1) Fr. 3. §. 18. D. 41. 2. = Esceptúase sin embargo el caso en que el representante que quiere tambien apropiarse la posesion, está bajo la potestad del poseedor. Fr. 15. D. 41. 2.

(2) A causa del Fr. 25. §. 2. Fr. 46. D. *ibid.* (§. XVII. not. (7). Fr. 12. Fr. 18. pr. D. 43. 16.

sucede en todos los casos en que el mismo poseedor hubiera perdido la posesion, si hubiera estado en el lugar del representante: es decir *a*) para las cosas muebles, cuando el representante las pierde, se las roban (1) ó él las entrega á otro (2); *b*) y para las inmuebles, cuando el representante es desposeido de ellas con violencia, y en este caso el representado pierde tambien su posesion (3); porque si el representante sufre solamente por descuido, (*desidia*) ó por dolo (*dolo*) que un tercero se apodere de la cosa, el representado no pierde la posesion sino en el caso de que queriendo hacer valer su derecho, sea rechazado por este tercero, ó en el de que no se atreva á atacarle (4); 3.º por el contrario la posesion no se pierde por el representante, cuando éste transfiere á otro solamente la *detentacion* de la cosa (5), cuando muere ó se vuelve

(1) Fr. 25. pr. Fr. 15. Fr. 3. §. 13. = 16. D. 41. 2.

(2) Fr. 33. §. 4. D. 41. 3.

(3) Fr. 1. §. 22. D. 43. 16.

(4) Const. 12. C. 7. 32. que no debe entenderse sino de las cosas inmuebles, tanto á causa del fr. 3. §. 8. D. 41. 2. como del fr. 33. §. 4. D. 41. 3., y de las palabras. «*sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus.*»

(5) Fr. 30, §. 6. D. 41. 2.

loco (1), y cuando ha abandonado la cosa sin que otro se haya apoderado de ella (2); 4.º y se conserva también la posesion, aun cuando el representado fuese escludo de su fundo, si el representante se mantiene en la detentacion de la cosa (3).

§. XXI.

De los interdictos.

Los interdictos entre los romanos eran unas órdenes del pretor, por las cuales en ciertos casos determinados por el edicto mandaba directamente hacer tal cosa ó abstenerse de hacerla; y se llama también *interdicto* la fórmula empleada en estas órdenes del pretor. Los interdictos tenían principalmente lugar en los litijios relativos á la posesion, y se diferenciaban de las acciones propiamente dichas, principalmente en que en estas por lo regular conocia el pretor por sí mismo del asun-

(1) Fr. 25. §. 1. D. *ibid.*

(2) Fr. 3. §. 8. fr. 44. §. 2. D. 41. 3.

(3) Fr. 1. §. 45. D. 43. 16. = »*Si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (unde vi), experiri; quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.*»

to, y no determinaba inmediatamente sobre la demanda puesta ante él, sino que tan solo establecía un *juez*, y le daba poder para formar el espediente (*judicium dabo*), mientras en los *interdictos*, por la simple reclamacion de una parte espedía el mismo inmediatamente una orden ó prohibicion con arreglo á las disposiciones de su edicto (1). Por esta razon se ha dicho que en semejantes circunstancias, *praetor principaliter auctoritatem suam finiendis controversis proponit*. Solamente en el caso de que el demandado negase el hecho ó propusiese otros medios de defensa, constituía el pretor un *juez*, y entonces el pleito seguía los trámites ordinarios. Esta diferencia entre la *accion* y el *interdicto* corresponde á la antigua distincion entre el *ordo judiciorum privatorum* y la *cognitio extraordinaria*; por consiguiente debió desaparecer con el antiguo *ordo judiciorum*, y esta es la razon porque en el derecho moderno se consideran como acciones los *interdictos* (2).

FIN.

(1) Por ejemplo: *Vim fieri veto, exhibeas, restitua s.*

(2) §. 8. I. 4. 15.

INDICE.

CONTINUACION DEL LIBRO TERCERO.

	PAG.
Tít. XXV. De la locacion y conduccion.	5
Tít. XXVI. De la sociedad.	25
Tít. XXVII. Del mandato.	33
Tít. XXVIII. De las obligaciones que resultan de los cuasi contratos.	40
Tít. XXIX. Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion. . . .	56
Tít. XXX. De que modos se estingue la obligacion.	57

LIBRO CUARTO.

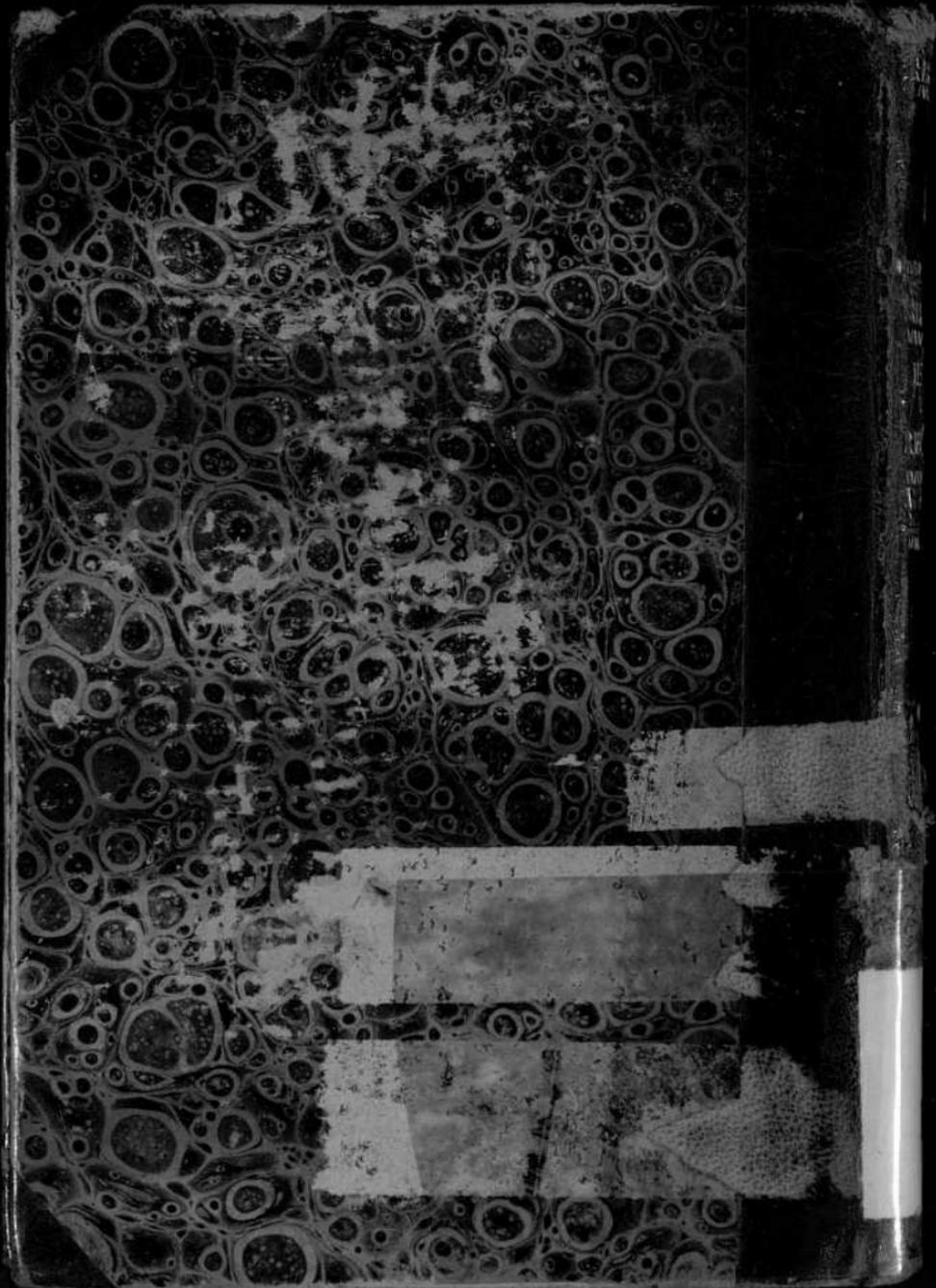
Tít. I. De las obligaciones que nacen del delito.	75
Tít. II. De los bienes robados.	87
Tít. III. De la Ley Aquilia.	90
Tít. IV. De las injurias.	97
Tít. V. De las obligaciones que nacen del cuasi-delito.	105
Tít. VI. De las acciones.	115
Tít. VII. De los que negocian con los que estan bajo de potestad ajena.	155

Tít. VIII. <i>De las acciones noxales.</i> . . .	167
Tít. IX. <i>De los menoscabos causados por las bestias.</i>	170
Tít. X. <i>De aquellos por cuyo medio podemos obrar en juicio.</i>	172
Tít. XI. <i>De las cauciones.</i>	178
Tít. XII. <i>De las acciones perpétuas y temporales, y de las que pasan á los herederos y contra los herederos.</i> . . .	181
Tít. XIII. <i>De las escepciones.</i>	187
Tít. XIV. <i>De las réplicas.</i>	191
Tít. XV. <i>De los interdictos.</i>	192
Tít. XVI. <i>De la pena de los litigantes temerarios.</i>	199
Tít. XVII. <i>Del oficio del juez.</i>	202
Tít. XVIII. <i>De los juicios públicos.</i> . . .	208
Notas.	223
Catálogo de libros del derecho romano.	271
Apéndice. — <i>Oríjen, progresos é influencia que ha tenido el Derecho Romano en la legislación española.</i>	289



1871. De la...
1872. De la...
1873. De la...
1874. De la...
1875. De la...
1876. De la...
1877. De la...
1878. De la...
1879. De la...
1880. De la...
1881. De la...
1882. De la...
1883. De la...
1884. De la...
1885. De la...
1886. De la...
1887. De la...
1888. De la...
1889. De la...
1890. De la...
1891. De la...
1892. De la...
1893. De la...
1894. De la...
1895. De la...
1896. De la...
1897. De la...
1898. De la...
1899. De la...
1900. De la...

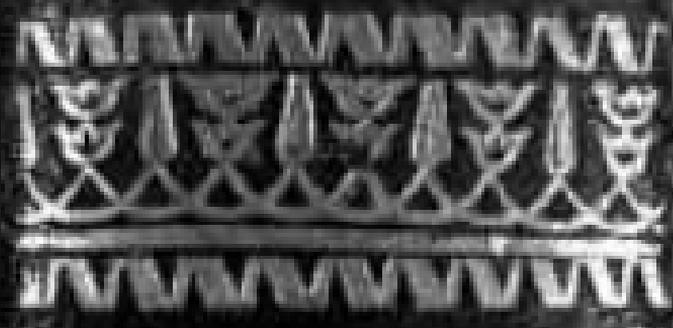






HEINECIO

RECITACION



D-1

1408